Die Gefahrtragung
beim bedingten Kauf von Fahrnis im römischen, preussischen und heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von

Hans-Günther Benade
Syndikus der Deutschen Wollenwaren Manufaktur
Aktien-Gesellschaft
Grünberg i. Schles.

1921.

Druck von Löbner & Co., Grünberg i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Otto Fischer.

Meinem hochverehrten Mentor

dem Generaldirektor

Herrn Dr. Oscar Ostersetzer-Grünberg

in Dankbarkeit gewidmet.

Einteilung des Stoffes.

Seite

Einleitung . . . . . 7—13
A. Begriff, Art und Wesen der Bedingung . . . . 7—11
B. Begriff, Art und Wesen der Gefahr . . . . . 11—13

Erster Teil.

Die Gefahrtragung beim bedingten Kaufvertrage nach römischem Recht . . . . . 13—29

Erster Abschnitt.

1. Die allgemeinen Regeln des bedingten Kaufvertrages . . . . . 13—23
A. Die allgemeinen Regeln des unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages . . . . . 13—19
B. Die allgemeinen Regeln des unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages . . . . . 19—23
2. Die Gefahrtragung beim Kaufvertrage . . . . 23—29
A. Die Gefahrtragung beim unbedingten Kaufvertrage . . . . . 23—26
B. Die Gefahrtragung bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage . . . . . 26—28
C. Die Gefahrtragung bei dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage 28—29

Zweiter Teil.

Die Gefahrtragung beim bedingten Kaufe nach preußischem Rechte . . . . . 30—39
Einleitung . . . . . 30—31

Erster Abschnitt.

1. Der Kaufvertrag und der Kaufvertrag unter einer Bedingung . . . . . 31—35

Seite

2. Die Gefahrtragung bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage 35—37
3. Die Gefahrtragung bei dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage . . 38—39

Dritter Teil.

Die Gefahrtragung beim bedingten Kaufvertrage nach heutigem Recht . . . . . 39—57

Erster Abschnitt.

1. Die allgemeinen Regeln des bedingten Kaufvertrages . . . . . 40—43
   A. Die allgemeinen Regeln des unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages 41
   B. Die allgemeinen Regeln des unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages . . . . . 41—43
2. Die Gefahrtragung beim Kaufvertrage während des Schwebens einer Bedingung . . . . . 43—46
   A. Die Gefahrtragung bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage . . . . . 46—56
   B. Die Gefahrtragung bei dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage . . . . . 56—57

Vierter Teil.

Das rechtsgeschichtliche Ergebnis . . . . . 57—63
I. Uebersicht über die Beziehungen der Lehre von den Bedingungen im römischen, preußischen und heutigen Recht . . . . . 57—58
II. Uebersicht über die Beziehungen der Lehre von der Gefahrtragung nach römischem, preußischem und heutigem Rechte . . . . 58—61
III. Uebersicht über die Beziehungen der Lehre von der Zulässigkeit und Bedeutung von Parteivereinbarungen im römischen, preußischen und heutigen Rechte . . . . . 61—63

Einleitung.

A. Begriff, Art und Wesen der Bedingung.

„Die prinzipalsten Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts sind die beiden, daß eine oder mehrere Personen den Willen haben, das Rechtsgeschäft zustande zu bringen und daß sie diesen Willen erklären“ (Schulin, Resolutivbedingungen und Endtermine I, 1 Seite 1).

Diese Privatwillenserklärung der Parteien wird zum Rechtsgeschäft erst dadurch, daß sie von der Rechtsordnung bestätigt wird.

Es besteht also eine Wechselwirkung zwischen dem Wollen der Parteien oder des Einzelmenschen, den Tatbestand, das ist die Gesamtheit derjenigen Erfordernisse, welche die Rechtsordnung als Grundlage einer Rechtsfolge anerkannten, so zu gestalten, wie es ihren Zwecken und Interessen entspricht und dem Gebote des objektiven Rechts, das an jene Privatwillenserklärung die dazu gehörige Rechtsfolge knüpft, indem es sich einstellt auf die Richtlinien, die ihm von der Parteiwillenserklärung gewiesen werden. (Endemann § 60.)

Wie schon die Ausdrücke in „unwirksames“ und „nichtiges“ Rechtsgeschäft zeigen, läßt der Gebrauch des Wortes Rechtsgeschäft nicht immer mit Sicherheit darauf schließen, daß der die Frage begründende gewollte Tatbestand auch wirklich vorliegt. Denn oft wird der äußere Errichtungsakt ohne Rücksicht auf seine Wirksamkeit „Rechtsgeschäft“ genannt. Dadurch wird die Frage erledigt, ob ein nichtiges

Rechtsgeschäft ein „Rechtsgeschäft" ist. Im engeren Sinne ist diese Frage zu verneinen, in dem behandelten Sinne ist sie zu bejahen.

Die Parteien können auf dem Gebiete des Güterverkehrs dem Rechtsgeschäft den Inhalt geben, der ihnen beliebt. Zwar bestehen auch hier Schranken sozialpolitischer und ethischer Art, sie erscheinen aber als Ausnahmen.

In den meisten Fällen wo ein Wille erklärt wird, um ein Rechtsgeschäft zu erzeugen, hat die Willenserklärung den Inhalt, daß das Rechtsgeschäft sofort und für immer erzeugt werden soll. Oft aber wird der Inhalt der Willenserklärung kein so unbedingter und steter sein. Das Selbstbestimmungsrecht und die Vertragsfreiheit bringen es mit sich, daß die Parteien Vereinbarungen treffen können, um das Rechtsgeschäft, seine Wirkungen, ihren wirtschaftlichen Bedürfnissen und Zwecken anzupassen. Dies hängt, soweit die Rechtsordnung keine Schranken setzt, allein von dem Willen der Parteien als dem Ergebnis ihrer Erwägungen ab. Welche Tatsachen der Erwägende bei seinen Erwägungen berücksichtigen will, hängt vollständig von seiner Wahl ab.

Diese von der allgemeinen Regel abweichenden Erklärungen können mannigfaltiger Art sein. Sie können dahin gehen, daß der Wille nicht sofort die möglichen Wirkungen erzeugen soll, sondern erst später, oder dahin, daß diese Wirkungen zwar sofort erzeugt werden sollen, aber nicht für immer oder das Rechtsgeschäft soll nicht unter allen Umständen, sondern unter gewissen Voraussetzungen erzeugt werden. Wie dem auch sei, maßgebend ist immer der Wille der Parteien, wenn nicht ein ausdrückliches Verbot entgegen steht.

Kein Verkehr und wäre er auch noch so entwickelt, vermag sich ausschließlich auf die Verhältnisse der Gegenwart zu beschränken. Schon die einfachsten Bedürfnisse treiben den Menschen in die Zukunft, und das Recht muß ihm die Formen gewähren, um sich für seine Zwecke die

Zukunft zu sichern. Die Dispositionen für die Zukunft hängen in ihrer Zweckmäßigkeit oft von noch zukünftigen Verhältnissen ab; dürfte man sie nur schlechthin treffen, so müßte man in manchen Fällen sich ihrer gänzlich enthalten. Darauf beruht das Verkehrsbedürfnis der Bedingung. Erst sie verleiht der Idee der rechtlichen Beherrschung der Zukunft ihren vollständigen und praktischen Abschluß, indem sie uns das Mittel gewährt, Kombinationen, Berechnungen, Erwartungen kurz das bloß Mögliche mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits wirklich, in den Kreis unserer Operationen zu ziehen; sie emanzipiert von der Schranke der Gegenwart und ermöglicht es, die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen.

Treffender als durch diese Worte Iherings kann das Wesen, die Notwendigkeit der Bedingungen für den Verkehr nicht gekennzeichnet werden.

Der Ausdruck „Bedingung" wird in mehrfachem Sinne gebraucht. Einmal bedeutet Bedingung die Bestimmung, welche die Parteien durch Parteiwillkür (Privatautonomie nennen es die Motive) zum Inhalte ihres Rechtsgeschäfts gemacht haben, wonach die rechtlichen Wirkungen dieses Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen, nach menschlichem Ermessen jetzt ungewissen Tatbestande abhängig gemacht werden.

Zweitens bezeichnet man ungenau mit Bedingung diesen zukünftigen ungewissen Tatbestand oder das Ereignis selbst.

Drittens werden als Bedingungen sämtliche Nebenabreden, welche die Parteien bei der Errichtung des Rechtsgeschäfts vereinbart haben, bezeichnet.

Als das die Bedingung darstellende zukünftige ungewisse Ereignis kann sowohl ein Geschehen als ein Nichtgeschehen, eine Handlung wie eine Unterlassung und zwar sowohl der Parteien wie auch dritter Personen, und auch sonstige Begebenheiten rein tatsächlicher oder rechtlicher Natur vorgesehen sein. (R. G. 28. 3. 01 VI.)

Bei der Lehre von den Bedingungen ergeben sich nicht etwa zwei Willenserklärungen, von denen die eine

die andere einschränkt; zwei Willenserklärungen können ja auch nicht festgestellt werden, wenn man sagt: erstens will ich, daß die rechtsgeschäftliche Wirkung entsteht und zweitens will ich, daß sie auch fortbesteht. Sondern die zweite Willenserklärung ist in der ersten enthalten. So wenigstens in der Regel. Vielmehr ist es so, daß Willenserklärung und Bedingung eine untrennbare Einheit darstellen.

Ungenau wird fernerhin oft erfaßt, was eigentlich bedingt ist. Sicherlich nicht der Parteiwille, denn das Wollen ist eine Tatsache. Eine Tatsache aber kann nicht von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden. Die Tatsache ist entweder in Erscheinung getreten oder nicht. Der bedingt Wollende will nicht erst in Zukunft und dann nur vielleicht, sondern er will, wenn überhaupt, jetzt. Die zur Hervorbringung des Tatbestandes erforderliche Selbstbestimmung als solche kann eben nicht von einem äußerlichen, zeitlich später liegenden Tatbestande in Abhängigkeit stehen.

Weil aber das bedingte Rechtsgeschäft eine gegenwärtige, unbedingte Willenserklärung in sich birgt, ist es ein gegenwärtig bestehendes Rechtsgeschäft und als solches den Rechtsvorschriften über Rechtsgeschäfte unterworfen. Das Gesetz faßt bedingte Rechte nicht nur als eine gewisse Aussicht, sondern als ein bereits erworbenes Vermögensrecht auf.

Die Wirkung des Rechtsgeschäfts setzt ein mit dem Augenblicke, in dem die Bedingung eintritt. Denn bedingen heißt ja, die Wirkung des Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen, ungewissen Ereignisse in Abhängigkeit bringen. Wenn die Erfüllung eine Veränderung des zur Zeit der Vornahme des bedingten Rechtsgeschäfts bestehenden Zustandes erfordert, bezeichnet man sie als affirmative, bei der negativen Bedingung wird die Rechtswirkung an das Nichteintreten eines Ereignisses geknüpft.

Die affirmative Bedingung ist eingetreten oder erfüllt, wenn der ihrem Inhalte entsprechende Tatbestand sich verwirklicht hat. Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn

mit Sicherheit anzunehmen ist, daß das Ereignis, andessen Nichteintreten die Rechtswirkung geknüpft ist, nicht eingetreten ist oder nicht mehr eintreten kann. Ausgefallen ist die affirmative. Bedingung, wenn feststeht, daß der Tatbestand, an den sich die Rechtswirkung knüpfen soll, sich nicht verwirklicht hat und sich nicht mehr verwirklichen kann. Die negative Bedingung ist ausgefallen, wenn feststeht, daß der Tatbestand, der nicht eintreten sollte, eingetreten ist.

Bis zum Eintreten der Bedingung besteht von der Errichtung des Rechtsgeschäfts an ein Schwebezustand. Während dieses Schwebezustandes hat der bedingt Berechtigte eine Anwartschaft auf die bei Eintritt der Bedingung zu erwartenden Rechtswirkungen. Sowohl das römische als auch das preußische und heutige Recht weisen eine Einteilung der Bedingungen in aufschiebende (suspensiv- Anfangs-) Bedingungen und auflösende (resolutiv- End-) Bedingungen auf, bei denen das Entstehen oder das Bestehen der gewollten Wirkungen des Rechtsgeschäfts ins Ungewisse gestellt ist.

Streng genommen liegen nicht zwei Arten der Bedingung vor, sondern das Bedingte ist verschieden, nämlich das Inkrafttreten beziehungsweise das Wiederauflösen der Rechtswirkungen des Rechtsgeschäftes.

B. Begriff, Art und Wesen der Gefahr.

Zwischen Entstehung und Erfüllung eines Kaufvertrages entsteht, abgesehen von den Fällen des sogenannten Handkaufes, eine gewisse Zeit. Ein Untergang oder die Verschlechterung des Leistungsgegenstandes während dieser Zeit kann verschiedene Ursachen haben. Hier kommt allein der Untergang oder die Verschlechterung durch Zufall in Frage.

Zufall in diesem Zusammenhange nämlich ist dahin zu verstehen, daß das Ereignis, welches schädigend auf die Sache eingewirkt hat, weder vorsätzlich noch fahr-

lässig von einer der Vertragsparteien herbeigeführt ist, von keinem der Beteiligten also zu vertreten ist. Es kann sich dabei um völlig unabwendbare, äußerliche Zufälle, aber auch um Verluste und Beschädigungen handeln, die sich trotz aller Sorgfalt nicht vermeiden ließen. Wenn nun unter diesen Voraussetzungen den Kaufgegenstand ein wirtschaftlicher Nachteil trifft, erhebt sich die Frage: wer hat den Schaden von diesem Nachteil?, die Frage nach der Gefahrtragung.

Die wirtschaftliche Seite der Gefahrtragung ist überall die gleiche. Sie begehrt Aufschluß darüber, wessen Vermögen durch den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Sache unmittelbar getroffen wird. Solange die Sache nur in Beziehung zu einer Person steht ergibt sich die Beantwortung dieser Frage von selbst. Schwieriger gestaltet sie sich erst dann, wenn sie in Beziehung zu mehreren Personen steht.

Die juristische Seite dieser Frage ist fernerhin verschieden bei den einseitigen und bei den gegenseitigen Verträgen aufzufassen. Es fragt sich bei letzteren, welche Partei den Schaden zu tragen hat, oder auch, welchen Einfluß die Befreiung der einen Partei auf die von der anderen Partei zu bewirkende Gegenleistung hat. Denn für die gegenseitigen Verträge, wo jeder Gläubiger und Schuldner sein kann und ist, ist es nicht angängig, diese Frage einseitig vom Standpunkt einer Vertragspartei aus anzusehen und zu beurteilen, sondern es muß der gegenseitigen Gebundenheit durch den Vertrag Rechnung getragen werden. Die Tatsache der Gefahrtragung für den Käufer würde also bedeuten, daß er den Kaufpreis zahlen muß, ohne damit die bezweckte Gegenleistung zu erhalten. Die Tatsache der Gefahrtragung für den Verkäufer würde bedeuten, daß er den Anspruch auf den Kaufpreis im Ganzen oder zu einem Teil verliert, ohne den Kaufgegenstand zurückfordern zu können.

Hierfür sind für den Kauf im römischen, preußischen und heutigen Rechte besondere Bestimmungen getroffen

worden, die allerdings eine anderweitige Regelung durch Parteivereinbarung zulassen.

Diese Bestimmungen sind verschieden, je nachdem es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen, um Fahrnis- oder Liegenschaftskauf handelt. So spielte z. B. beim Liegenschaftskauf die Uebertragungsform, die anders war als beim Fahrniskauf, im Deutschen Recht gleichermaßen wie das auf dem Publizitäts-Prinzip aufgebaute Grundbuchrecht eine besondere Rolle. Wenn daher die juristischen Einzelheiten einer Gefahrtragung beim bedingten Kauf zu den verschiedenen Zeiten der Rechtsentwicklung untersucht werden sollen, muß streng unterschieden werden, ob es sich um Liegenschaft oder Fahrnis handelt. Im folgenden sollen die Betrachtungen auf den Fahrniskauf beschränkt werden.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Regeln.

I. Der bedingte Kaufvertrag.

A. Die allgemeinen Regeln des unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages.

Die aufschiebende Bedingung läßt es einstweilen in der Schwebe, ob die Rechtswirkung eintritt, z. B.: ich kaufe das Grundstück, wenn ich die Polizeierlaubnis bekomme. Der bedingt Berechtigte ist derjenige, dem der Erwerb der Sache in Aussicht steht. Diese Bedingung enthält meistens eine Zeitbestimmung. Einfacher drückt man sich aus, indem man sagt, das Rechtsgeschäft solle nach der Absicht der Parteien erst mit dem Eintritt der Bedingung wirksam werden. Die Wirkung des Eintritts der aufschiebenden Bedingung ist, daß der Eintritt der von der Bedingung abhängig gemachten Wirkung nunmehr erfolgt; die Wirkung des Ausfalls ist, daß der Eintritt der von der Bedingung abhängig gemachten Wirkungen nunmehr ausgeschlossen ist.

Enthält ausnahmsweise diese Bedingung keine Befristung, soll also die Rechtswirkung zwar von dem Eintritt der Bedingung abhängig sein, also für diesen Fall vom Geschäftsabschluß an gelten, sagt man, die Parteien haben der Bedingung ausnahmsweise rückwirkende Kraft beigelegt. Bei der Behandlung der aufschiebenden Bedingung nach römischem Recht muß vor allen Dingen die Lehre von der Perfektion, die einen einschneidenden Unterschied der Auffassungen des römischen und der anderen Rechte darstellt, erörtert werden.

Wie im Beginn des Rechtslebens aller Völker entwickelte sich in Rom, nachdem die Stufe des Tauschverkehrs überwunden war, der Kauf in der Form des Handkaufs und zwar in der Form der mancipatio, jenes feierlichen formvollen Veräußerungsaktes, in dem Zahlung und Inbesitznahme Bestandteile waren, und welcher in Gegenwart des libripens und der 5 Zeugen vorgenommen wurde. Bei dieser mancipatio wurde die Leistung Zug um Zug vollzogen, ein Hinausschieben der Erfüllung einer durch das Kaufgeschäft begründeten Verpflichtung erschien als etwas außergewöhnliches, undenkbares. Voraussetzung war, wie sich das nun ja von selbst ergibt, Einigung über Ware und Preis, der certum, justum, verum sein mußte, und Unbedingtheit.

Als dann unter dem Einflusse des jus gentium der Kauf ein formloser Konsensualvertrag geworden war, blieb dessen ungeachtet die mancipatio noch lange darnach neben diesem formlosen Vertrage in Geltung. Dieser Umstand ist umso einschneidender zu erachten, als die mancipatio die einzig vollgültige Eigentumsübertragungsform für die wirtschaftlich gerade wichtigsten Sachen (um nur die einheimischen vierfüßigen Zug- und Lasttiere zu erwähnen) geblieben war. Erst ganz allmählich setzte sich, was bei dem äußerlichen Festhalten der Römer am Althergebrachten verständlich erscheint, der formlose Kaufvertrag durch, dessen wesentlichste Eigenart darin bestand, daß er im klassischen Rechte abgeschlossen erscheint mit der Einigung

über Ware und Preis und der damit den obligatorischen Kaufvertrag von dem dinglichen Vollzugsgeschäfte trennte. Wenn man sich nun diesen Entwicklungsgang und insbesondere den Einfluß der mancipatio veranschaulicht, ist es dann verwunderlich, daß zur vollen Wirksamkeit dieses Vertrages die Unbedingtheit erforderlich war?

Keineswegs! und ist es dann verwunderlich, daß die römischen Juristen einen suspensiv bedingten Kauf, einen Kauf also, bei welchem der Eintritt der Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts durch eine willkürliche Handlung der Parteien zeitlich getrennt war vom Errichtungsgeschäfte nicht eher als emptio perfekte ansehen konnten, als bis die Bedingung und damit die Rechtswirkung des Geschäftes eingetreten war? was in der Zwischenzeit besteht, ist bildlich gesprochen das embryo eines Rechtsgeschäftes, das sich zu einem solchen entwickeln kann.

Ueberhaupt haben sich die Römer der Rechtseinrichtung der Bedingung als einer Abweichung von den Formalbestimmungen anfänglich wegen ihrer auf die Gegenwart und das tatsächliche gerichteten Denkungsart sehr ablehnend verhalten. Zuerst konnten wohl Suspensivbedingungen letztwilligen Verfügungen beigefügt werden (gaius III 146), später auch Konsensual- und Realverträgen; nicht aber konnte sie der mancipatio oder in iure cessio hinzugefügt werden, da bei diesen Akten der Erwerber das erworbene Recht als gegenwärtig vorhanden konstatierte und diese Rechtsbehauptung durch Hinzufügung einer Anfangsbedingung widersinnig geworden wäre (Enneccerus I Seite 449, Seite 182). Hierzu kommt wohl noch die Bedeutsamkeit und die Form der mancipatio. Ist die Herrschaft des Erwerbers über die Sache ungewiß, zukünftig, dann spricht er unberechtigt die feierlichen Worte hunc ego hominem ex iure Qiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra. Wenn nun diesen Worten ein si navis ex Asia venerit hinzugefügt würde, erschiene dies als ein Widerspruch in sich sellbst und macht die mancipatio nichtig. Es ist anzunehmen,

daß zuerst die condicio*) in praesens relata zuerst in Erscheinung getreten ist. Hindert diese doch das Vorliegen eines fertigen Tatbestandes nicht, welcher entweder sofort in der Gegewart wirksam wird, oder nicht, wenn die der Bedingung zugrunde liegende Tatsache gegeben ist oder nicht. Schon Labeo, Sabinus und Cassius stellen Schlüsse auf, die sie als dem bedingten Kauf entsprechend bezeichnen. irgend ein Kreis von Rechtssätzen muß ihnen doch also vorgelegen haben, auf welcher Entwicklungsstufe dieser auch gestanden haben mag, (l 50 D h. t. l. 35 § 5 D h. t. l. 4 § 5 de in diem 18,2 l 2 § 3 D per empt. 41, 2 Proculus Oktavus l 8 princ D de peric. 18,6 Pomponius Julianus l 41 D h. t. l. 4 D de in diem 18,2.) Paulus stellt sogar Betrachtungen über aufschiebende und auflösende Bedingungen an (l 8 princ d peric 18,6).

Tritt nach dem Schwebezustand bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufe das als Bedingung gesetzte Ereignis ein, dann wird der Kauf perfect; war Eigentum schon im Voraus übergeben, machte die bedingte Uebergabe das „revokable" Eigentum, welches sich von dem ordentlichen Eigentum durch nichts als eine die Dauer betreffende Schranke unterscheidet, zu einem unbedingten.

Der Eigentumsübertragungsvertrag war nach der Ansicht der römischen Juristen zwar abgeschlossen, seine Wirkung aber tritt erst jetzt in dem Augenblicke des Eintritts der Bedingung in dem unbedingt werden des revokablen Eigentums in Erscheinung (dass auch in Rom vor Eintritt der Bedingung übergeben wurde, beweißt l 50 D de contr empt 18,1 der Verkäufer der Bibliothek fordert den Kaufpreis, er muß sie aber dem Käufer schon

*) von Conditum, Supinum von Condo, wie alle Verbalsubstantiva auf io eine begriffliche Bezeichnung des durch das Verbum ausgedrückten Vorganges – Zusammengebung – Fügung Errichtung, Gründung, im übertragenen Sinne das Ergebnis der Gründung = das Errichtete.

übergeben haben, da Labio ihm die actio praescriptis verbis zuspricht).

Fast allgemein ist jetzt die Auffassung, daß hier der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft zuzusprechen ist (l 11 § 1 D qui potiores 20,4; dagegen Winscheid, Lehre von der erfüllten Bedingung Seite 7). Bestritten ist nur, ob der Rückfall des Eigentums von selbst erfolgt.

Der Eintritt der Bedingung ist bedeutungslos, wenn vorher die geschäftserrichtende bedingte Willenserklärung wirkungslos geworden ist, es nicht mehr darauf ankommt, daß er das Hindernis der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hinwegräumt – das ist der Fall, wenn der Kaufgegenstand vor dem Eintritt der Bedingung durch Zufall untergegangen ist. Hat also die bedingte Willenserklärung durch den Untergang der Sache vorher ihre Wirksamkeit verloren, hilft ihr der Eintritt der Bedingung nichts mehr, trifft doch die Bedingung auf das zum nullum gewordene Embryo des Rechtsgeschäfts, die Möglichkeit, daß der Kauf perfekt werde, ist verloren gegangen. Die Leistung des Verkäufers ist unmöglich geworden. Hat er doch versprochen, zur Zeit des Eintritts der Bedingung zu leisten. Eine frühere Leistung befreit ihn nicht: non videbitur fecisse quod promisit l 38 § 16 D d. V.-O. 45,1. Wie es sich jetzt herausgestellt hat, war das Versprochene niemals erfüllbar. Der Vertrag ist nichtig.*) (Enneccerus Rechtsgeschäft Band 2 Seite 373 ff.)

---

*) Ueber diese Frage ferner 1. Windscheids Theorie der Willensgebundenheit; die Aussicht des Berechtigten während des Schwebezustandes sei ein Ding von rechtlicher Konsistenz (Pand. 1. Band § 39). 2. die Theorie der Hoffnung; es liege ein vollendeter Kauf mit successiver Rechtsbegründung vor. Während des Schwebezustandes bestände eine durch das Recht geschützte Hoffnung. 3. die Theorie Köppens; es liege ein obligatorischer Vertrag unter Abwesenden vor. (Iherings Jahrbücher 2. Band Seite 163 ff.) 4. die Theorie Wends; die Wirkung als tatsächliches Moment kann da sein oder nicht, der Wille aber kann bedingt erscheinen. (Lehre vom bedingten Recht. Erlangen 1879.)

Aber auch schon unter den römischen Juristen war die Beantwortung der Frage, ob die in einem Schwebezustand mit rückwirkender Kraft eintretende Tatsache wirksam sein könne, wenn die Voraussetzungen des Wirksamwerdens zwar beim Eintritt des Schwebezustandes vorlagen, bei dem Eintreten der entscheidenden Tatsache aber weggefallen waren, bestritten. Jedenfalls ist der Eintritt einer als Bedingung gesetzten Tatsache unter diesen Umständen belanglos, da diese Tatsache keinen Kauf mehr vorfindet.

Auch der Ausfall der Bedingung übt eine zerstörende Wirkung auf das Rechtsgeschäft aus: der Kauf ist als nicht geschlossen zu betrachten (Enneccerus, Resolutivbedingung Seite 79).

Eine besondere Auffassung wird sich im römischen Recht vertreten lassen hinsichtlich der Frage der Nutzungen und Lasten eines solchermaßen beendeten Schwebezustandes.

Wie festgestellt schließt der Untergang dieser Sache in gleicher Weise die Möglichkeit des Perfektwerden des Kaufes aus, wie das Ausfallen der Bedingung. Für den Fall des Ausfallens der Bedingung nun wird es anerkannt, daß der Käufer, wenn er bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufe während des Schwebezustandes die Sache bereits in Besitz gehabt hatte, die gezogenen Früchte herausgeben muß. — Denn die Möglichkeit, daß sie ihm einmal gehören könnten, ist weggefallen, — andererseits kann er Ersatz für die notwendigen Aufwendungen verlangen — denn, wie sich jetzt herausgestellt hat, alienum negotium contemplatione domini gessit*). Soeben aber wurden den Tatsachen des Ausfallens der Bedingung und des Untergangs der Sache in ihren diesbezüglichen Wirkungen gleich gesetzt, in eine Gleichung gebracht Sollte sich denn nicht weiterhin der rechnerische Schluß aus dieser Gleichung ergeben, daß der Käufer, wenn die Sache während des Schwebezustandes unter diesen

*) Klage: die aktio empti.

Umständen untergeht, Ersatz für die Futterkosten eines Pferdes verlangen kann?

Jedenfalls hat sich ergeben, daß für die Festsetzung der Gefahrtragung beim Kauf im römischen Recht die Perfektion dieses Vertrages von der allergrößten Bedeutung ist.

In folgendem sollen nunmehr die allgemeinen Regeln und das Wesen der Resolutivbedingung erörtert werden.

B. Die allgemeinen Regeln des unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages.

Durch die Resolutivbedingung wird von dem Eintreten oder Ausfallen der Bedingung das Ende der Wirkungen des Rechtsgeschäftes abhängig gemacht. Solange die Bedingung besteht, ist das bedingte Geschäft vollgültig, ungewiß ist nur sein Bestehen.

Fällt die Bedingung aus, ist der Bestand des Rechtsgeschäfts gesichert. Bei dem Eintritt der Bedingung kann das Rechtsgeschäft sowohl in dem Sinne aufhören zu bestehen, daß z. B. der bestellte Nießbrauch erlischt, als auch derart, daß z. B. ein Kauf als nicht geschlossen gelten soll. Nur im letzten Fall liegt eine wahre Resolutivbedingung vor. Der bedingt Berechtigte ist hier der, welchem der Rückerwerb des Rechtes oder der Sache in Aussicht steht.

Die Pandekten machen keinerlei Angaben über das Wesen der auflösenden Bedingung. Umso wichtiger erscheint es daher, das Wesen dieser Bedingung klar zu stellen, weil nur auf dieser Grundlage eine Beantwortung der hier wichtigsten Fragen, der Frage nach der Verteilung der Gefahr möglich ist.

Negotium purum! dies ist das entscheidende Urteil, welches an die Spitze gestellt werden muß. Ein negotium purum liegt vor, welches sub condicione resolvitur (l 2 D de in diem 80,2; l 1 D de lege commissoria 18,3; l 2 § 45 D pro emtore 41,4; l 3 D de com. empt. 18,1 l 2 pr. § 1, l 4 § 35 D de in add. 18,2; l 2 § 45 D pro empt. 4,4).

Der unter einer Resolutivbedingung abgeschlossene Kaufvertrag wird also während des Schwebezustandes als purum, also als reiner unbedingter und damit perfekter Kauf angesehen. Sub condicione, unter dem Drucke der eintretenden Bedingung resolvitur wird er wieder aufgelöst*). Der Käufer ist also auf Grund eines perfekten Kaufes Eigentümer geworden. Er hat alle Rechte des Eigentümers, nur die actio empti und die Klage auf Erfüllung ist ihm nicht gegeben, weil die Möglichkeit der Wiederauflösung besteht. Ihm gebühren daher alle Nutzungen, er muß alle Lasten tragen: commodum et incommodum omne ad emptorem pertinet l 4 § 4 de in diem add. l 11 § 10 quoid vi aut clam.

Wenn Eigentum unter dieser Formel übertragen war, hatte im Falle des Eintritts der Bedingung, der hier ja bestandsvernichtende Wirkung hat, der Erwerber eine obligatorische Verpflichtung ad retrotradendum. Durch den Eintritt der Bedingung emptio resolvitur disceditur, abitur ab emtione (l 2 § 1 l 4 § 6 l 9 l 14 § 2 l 17 l 18 de in diem l 2 § 4 pro emt. l 41 pr. d. r. V l 3 de com. empt. l 1 de. leg. comm.).

Emptio irrita, inempta est (l 10 de resc. vend.) venditor obligatus non est, emptoris causa absoluta est (l 13 de in diem) die Folge davon ist, daß die Sache revenit reddibitur redditur revertitur dominium ad venditorem pertinet (l 5 de leg. cmm. l 31 § 22 de aed. ed. l 6 § 1 de div. emp. l 19 de usu rp. l 6 d de resc. vend.). Bezüglich der Früchte und Nutzungen tritt Rückziehung in vollstem Maße ein, es hat sich jetzt herausgestellt, daß der Auslösungsvertrag sogleich wirksam war, (l 6 § 1 de contr. empt. l 4 § 4 l 6 pr. l 16 de in diem l 4 § 1 l 5 de leg. comm.). Emptio manet, valet emptum penes emptorem remanet, wenn die Bedingung ausfällt (l 6 § 1 l 13 pr. l 15 § 1 de in diem).

---

*) Die Formel für die Resolutivbedingung ist volo, nisi oder si . . . . non.

Um das Wesen dieser Bedingung zu erfassen stehen noch die Quellenstellen L 19 de usurp 41,3 l 11,13 quoid vi 43,14; Sabinus l 11 §§ 3 und 4 D 4 Julianus l II princ D 18,2 zur Verfügung. Diese Stellen lassen deutlich erkennen, daß die Römer diese resolutiv bedingten Geschäfte nicht als nagotia condicion alia, sondern als negotium purum, quod sub condidione resolvitur auffaßten.

Chylarz (Resolutivbedingungen Seite 31 ff.) faßt dies in dem Satz zusammen, die Resolutivbedingung sei der im Anschluß an den Kontrakt in continenti gesetzte bedingte contrarius consensus, er stützt sich dabei auf Pomponius l 2 D de resc. vend. 18,5.

Dernburg bezeichnet sie als einen Nebenvertrag, der unter einer Suspentivbedingung bestehe (Pandekten Band 1 § 106).

Wie kamen nun die römischen Juristen zu dieser Auffassung?

Es war ihnen zu wenig Gelegenheit gegeben, die Brauchbarkeit ihrer Ansicht an dem besten Maßstabe, der Praxis, zu prüfen. Hatte doch das römische Recht die Resolutivbedingung nur in den Formen der lex commissaria, der indiem addictio und des pactum disciplicientine entwickelt.*) Die besten Mittel zur Prüfung, z. B. die Beantwortung der Frage, wie gestaltet sich in der Praxis die Lage bei Untergang der Sache während des Schwebens der Bedingung, wenn diese dann nachher eintritt, waren hier unanwendbar.

Gegen Windscheid, der sich für die Möglichkeit auch dann noch das Rechtsgeschäft aufzulösen erklärte (§ 390 Anmerkung 10), wandte sich Dernburg (Pandekten 2. Band § 95 Anmerkung 10) „die Bedingung könne die Auflösung dann nicht mehr perfecieren, wenn die Sache bereits untergegangen sei".

Das Vorhandensein des Kaufgegenstandes ist zwar zur Begründung der gegenseitigen Verpflichtungen notwendig, nicht aber zu ihrer Auflösung. Konnte doch auch

*) Ist bestritten, aber wohl herrschende Meinung.

die Wandlung im römischen Rechte auch noch nach dem Untergange der Sache vollzogen werden. Der Nebenvertrag tritt nun mit dem Eintritt der Bedingung in Wirksamkeit. Er trifft auf ein nullum, wenn die Sache untergegangen und eine Auflösung des Hauptvertrages unmöglich ist, da der Kauf garnicht mehr besteht.

Es soll jetzt zurückgegriffen werden auf die Behauptung, die römischen Juristen hätten diese Folgerungen im praktischen Leben nur wenig anzuwenden Gelegenheit gehabt. Denn wenn bei der lex commissoria zur Erfüllung der Bedingung der noch weiterhin erforderliche Wille des Verkäufers diese geltend zu machen bei zufälligem Untergang der Sache mangels dessen Interesses daran jetzt noch den Kaufvertrag aufzulösen kaum noch hinzutreten wird, setzt die in dem addictio das Vorhandensein eines besseren Kaufangebotes voraus. Dies aber wird wohl nie der Fall sein, denn wer würde wohl eine nicht mehr vorhandene Sache ernstlich erwerben wollen? (Chylarz Resolutivbedingung Seite 42.)

Weiterhin läßt sich die Ansicht der römischen Juristen aus ihrem Bestreben heraus erklären, den Augenblick auf das bestimmteste festzusetzen, in dem der Kauf perfekt wird. Aus diesem Grunde konnte an die Spitze dieses Abschnitts mit Recht das Urteil der römischen Juristen über das Wesen der Resolutivbedingungen gestellt werden: es ist ein negotium purum. Die Bedingung würde die Perfektion hemmen, dies sagte den römischen Juristen nicht zu, sie nahmen die Bedingung daher aus dem Hauptgeschäfte heraus und machten sie zum Inhalt eines besonderen Nebenvertrages. Sie erreichten damit ihren Zweck und erhielten ein negotium purum, einen unabhängig von dem Ausfall der Bedingung von Anfang an perfekten Kaufvertrag. (l 2 § 4 D pro empt. 41,4.) Ein späterer Eintritt der Bedingung nutzt dem Käufer nichts mehr, denn ein Geschäft, dessen Objekt untergegangen ist, kann nicht noch späterhin aufgelöst werden wegen des Eintritts einer Bedingung.

Welcher Form bediente man sich nun in Rom zur Uebertragung des Eigentums unter einer Resolutivbedingung?

Die Uebertragung des Nießbrauchs war zulässig durch die mancipatio und in iure cessio V at. fr. § 48. Ewige Rechte dagegen, also insbesondere das Eigentum, konnten unter gewissen oder ungewissen Endterminen ursprünglich nicht übertragen werden. Justinian erklärte dann aber eine derartige Eigentumsübertragung für giltig (nach dem klassischen Rechte war sie nichtig: vst. fr. § 238). Im Justianischen Rechte wurde sie durch Aufnahme desselben Fragments in den Codex für gültig erklärt, indem der Schlußsatz die entgegengesetzte Fassung erhielt: l 2 C de in diem 8,54; l 26 C de leg 6,37. Reine Resolutivbedingungen wurden bei Eigentumsübertragung wahrscheinlich nach klassischem Rechte, sicher aber im justianischen Rechte für vollwirksam erklärt (l 42 pr D de resc vind 6,1 uti in rem l 4 § 3 D de in diem additio 18,2 l 3 D quib. mod. 20,6 l 9 D de aqua 39,3 l 8 D de leg. com. 18,3 l 4 C de pactis 4,54).

II. Die Gefahrtragung beim Kaufvertrage.

A. Die Gefahrtragung beim unbedingten Kaufvertrage.

Solange eine Sache nur mit einer Person in Beziehung steht, erhebt sich, wie schon erwähnt, nie die Frage nach der Gefahrtragung. Denn es ist hier klar, der Eigentümer trägt die Gefahr, das Periculum*), etwaiger wirtschaftlicher Nachteile, welche die Sache trifft: Casum sentit dominus. Dies ändert sich mit der Aenderung der Eigentumsverhältnisse, vor allem mit der Uebertragung des Eigentums

*) Anscheinend anfangs in gleicher Bedeutung werden die Ausdrücke Periculum, Damnum, Casus verwandt. Das Periculum wird veranlaßt durch Culpa oder Casus. Schließlich bezeichneten die römischen Juristen den Vermögensschaden ohne Jemandens Verschulden mit Periculum. Weiterhin wird dann Periculum bald ohne diese Einschränkung, bald als Folge der Unmöglichkeit der Leistung

Im römischen Rechte ging die Gefahr nach Abschluß des Kaufvertrages perfekta (= fertig zum Vollzuge) emptione auf den Käufer über Jetzt wird es ersichtlich, warum bei der Behandlung der allgemeinen Regeln stets der Frage, wann ist der Kauf perfekt, besondere Beachtung geschenkt wurde. Denn unlösbar ist diese Frage mit der Frage nach der Gefahrtragung verbunden. Was daher über die geschichtliche Entwicklung der Auffassung der Römer in der Auffassung der Perfektion gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für die Frage der Gefahrtragung. Die Kardinalstelle hierfür, wie Punschart sie nennt, ist l 8 qr. D 18,6 ferner l 8 10 pr. l 10 § 5 D 23,3; Dernburg Pandekten 2. Band 2. Auflage Seite 257 Anmerkung 2 l 11 § 12 D quod de vi 43,24 § 3 l d empt. et vend 3,23 l 14 princ D de futur 47,2 l 5 § 2 D 18,5 l 11 § 12 D quid vi 43,24. Darnach geht also mit Abschluß des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer über: periculum est emptoris In der Literatur sind die verschiedensten Ansichten über den inneren Grund dieses Rechtssatzes, der im Widerspruch mit der Natur der gegenseitigen Verträge und ihrer sonstigen Behandlung zu stehen scheint, geäußert worden. Zu unterscheiden sind hierin folgende Hauptgruppen:

1. die Anhänger der Impossibilitätstheorie. Diese stützen sich auf die Grundsätze: impossibilium nulla est obligatio und casus a nullo praestantur. Sie beantworten diese Frage aus den allgemeinen Regeln der Unmöglichkeitslehre heraus Sie wollen nicht auch den Käufer entlasten, da diese zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung der Leistungspflicht nur den Verkäufer trifft und diesem damit die Haftung für Zufall aufgebürdet

verwandt. Darnach erlangte der Begriff im Zusammenhang mit demselben immer wiederkehrenden Worte eine fest umrissene Bedeutung. Periculum im juristischen Sinne erscheint jedenfalls als die wirtschaftliche Gefahr in ihrer rechtlichen Beziehung auf das Vermögen einer bestimmten Person (Hoffmann, das periculum im Kaufe Seite 1). (sustinent periculum l 1 pr. D h. d.; periculum ad eum pertinet l 4 § 1 D h. t.; eius est damnum l 8 pr. 118 D h. t.; damnum ad eum pertinet l 2 C IV 48).

werden würde (Wächter in „Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?“ Archiv für zivilistische Praxis Band 15 Abhandlung 6, 9 Seite 184; Puchta Pandekten § 102;) Hoffmann, in „das periculum beim Kaufe Seite 15 ff. meint, diese Härte gegenüber dem Schuldner entstamme dem griechischen Rechte und habe durch die Decemvirm Eingang in das Recht der 12 Tafeln gefund n. Aus diesem Grunde würde auch die Eigentumsübertragung hinausgeschoben und das Interesse an der wirtschaftlichen Veränderung von dem Eigentum getrennt. Er weißt ferner nach, daß die Ansicht Cooses, man könne aus den Quellen eine Vorstellung von einem Vermögensübergang, der kein Eigentumsübergang sei, gewinnen, zu dem sonderbaren Ergebnis führe, die Gefahr gehe über, wenn das Vermögen übergehe und umgekehrt. Anderer Ansicht sind Vangerow Pandekten 2. Auflage § 591 Seite 206 und Momsen, Beiträge I Seite 247.

2. Die Anhänger der Fiktionstheorie fingieren die Erfüllung der unmöglich gewordenen Leistung durch den Verkäufer (Koch, das Recht der Forderungen 2. Auflage Band 1 Seite 203; Fuchs, im Archiv für z. vilistische Praxis Band 34 Seite 11 ; Momsen, Beiträge I Seite 349; Ude, im Archiv für zivilistische Praxis Band 48 Seite 393).

3. Die Anhänger der Entäußerungstheorie sind der Ansicht, daß der Kauf nicht nur die Verpflichtung zur Uebertragung des Vermögens, sondern auch diese selbst erzeuge. Daraus folge, daß die Vermögensübertragung nur nebensächliche Bedeutung habe und deshalb nicht den entscheidenden Zeitpunkt für den Gefahrübergang bilden könne. Einer ihrer Anhänger, Winscheid, führt weiterhin aus, daß die Sache in dem Augenblicke des Vertragsabschlusses sich auch ohne Uebergabe in dem Vermögen des Schuldners befinde. Die Verkaufserklärung solle in erster Linie nicht auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet sein, sondern sie will dem Käufer die Sache nur verschaffen; eine Verbindlichkeit ergebe sich nur dann, wenn der wirkliche Zustand dem nicht entspreche (ähnlich Endemann Pandekten 2. Band § 390; Keller Pandekten

§ 329, ebenso derselbe in Beckers Jahrbüchern Band 4 Seite 364–366: „Nach dem durchschnittlichen Bewußtsein der Menschen im Verkehr erscheint die Sache von dem Augenblick des Kaufabschlusses an als dem Käufer wesentlich entfremdet"; Sekel, Handlexikon Seite 117; Kübler, Utilitätsprinzip Seite 35).

Dem Geiste des römischen Rechtes entsprechen diese Auffassungen wohl nicht, die in dem Kaufvertrage einen Entäußerungsvertrag sehen. Einen solchen, gedacht in der Mitte stehend zwischen dem obligatorischen Vertrage und dem dringlichen Vollzugsgeschäfte, wohl als Uebergangsform, gibt es nicht. Der Unterschied zwischen der dinglichen und der obligatorischen Seite des Geschäfts war den römischen Juristen viel zu sehr eingeprägt, als daß sie nicht den Kauf als die Entstehung eines einheitlichen obligatorischen Verhältnisses aufgefaßt hätten.

4. Die Theorie Iherings. Dieser fingiert ein Verschulden des Käufers, unverschuldete Verzögerung sei nur ein Zufall (Iherings Jahrbücher Band 3 Seite 462).

5. Die Theorie Dernburgs. Er erklärt den Satz periculum est emptoris aus der Unabhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen so, daß bei Unmöglichkeit der einen Leistung die andere davon nicht berührt werde. (Pandekten Band 2 § 20.)

Alle diese Auffassungen suchen also den Satz periculum est emptoris zu erklären. Und gerade für die Gefahrtragung ist es von einschneidender Wichtigkeit festzustellen, wann der Kauf perfekt ist. Er ist es, wenn der zu veräußernde Gegenstand und der Preis vollkommen bestimmt ist und die Wirksamkeit des Vertrages nicht von einer Bedingung abhängt.

B. Die Gefahrtragung bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

Nach der Ansicht der römischen Juristen ist der Kaufvertrag vor Eintritt der Bedingung zwar abgeschlossen,

tritt mit seinen Wirkungen aber erst später in Erscheinung. Jedenfalls ist beim Abschluß eines Gennuskaufes, eines Kaufes ad mensuram und eines suspensiv bedingten Kaufes dieser noch nicht perfekt. Perfekt wird letzterer erst mit dem Eintritt der Bedingung und dann also erst kann die Gefahr auf den Käufer übergehen. Voraussetzung für eine Frage der Gefahrtragung aber ist hier wie auch in den anderen Rechten erstens der Eintritt der Bedingung (denn sonst gelte ja der Satz Casus sentit dominus, der Kauf war ja noch nicht perfekt) und zweitens der Eintritt der Bedingung nach dem Untergang oder der Verschlechterung der Sache. (Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio l 8 pr D 18,6.) Geht aber durch Zufall die Sache vor dem Eintritt der Bedingung unter, und tritt diese darnach ein, dann kann ebenfalls keine Perfektion stattfinden, weil der Gegenstand nicht mehr vorhanden ist, gegenseitige Vertragsverpflichtungen nicht mehr ent- und bestehen können. Die Gefahr ist also bei dem Verkäufer geblieben, der Käufer braucht den Kaufpreis nicht zu bezahlen und kann ihn, wenn er schon gezahlt ist, wieder zurückverlangen: quod si pendente conditione res tradita sit .... et quod pretii solutum est repetetur .... si pendante conditione res extincta fuerit l 10 § 5 D 23,2. An dieser Stelle ist auch erwähnt, daß der zufällige Untergang den Kaufvertrag zu einem nullum macht: extinguit venditionen. Auf dieses nullum ist der Eintritt einer Bedingung ohne Einfluß, aber Nutzungen und Gebrauchsvorteile sind ebenso wie Lasten gegenseitig zu vergüten.

Wenn die Kaufsache während des Schwebens der Bedingung nicht untergegangen, sondern nur verschlechtert war, dann stand das römische Recht auf dem gegenteiligen Standpunkt: Der Käufer trug die Gefahr, er mußte für die verschlechterte Sache den vollen Kaufpreis zahlen. Dieser Fall ist im römischen Recht in der Quellenstelle l 28 pr D de per 18,6 entschieden worden: Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit cam

usu-capere pro emptore, et quod pretii solutum est, repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt: sane si extet res licet deterior effecta potest dici esse damnum emptoris*). Wenn also die Sache, da ja beim Kauf unter einer Bedingung im römischen Rechte die emptio venditio zwar contracta aber nicht perfecta ist, z. Zt. des Eintritts der Bedingung nicht mehr vorhanden ist, wird der Kauf als hinfällig behandelt, und dem Verkäufer die Gefahr aufgebürdet. War aber bei dem Eintritt der Bedingung der Kaufgegenstand vorhanden, wenn auch verschlechtert, muß der Kauf als perfect angesehen und dem Käufer die Gefahr aufgebürdet werden.

Das römische Recht hat eben darauf kein Gewicht gelegt, daß der Verkäufer nicht mehr im Stande ist, dem Käufer die Sache im vertragsmäßigen Zustande zu liefern. Der Gedankengang des römischen Rechts übersieht hier aber, daß der Bedingungseintritt von Natur aus keine rückwirkende Kraft hat, daß der Kauf erst von dem Eintritt der Bedingung an perfekt sein kann und folglich also auch erst dann dem Käufer nach den allgem. Grundsätzen der Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung aufzubürden wäre. Dem Käufer müßte eigentlich die actio quanti minoris und die redhibitoria actio zustehen, d. h. der Verkäufer müßte eigentlich auch hier die Gefahr tragen.

Das römische Recht hat sich aber auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und dem Käufer die Gefahr der Verschlechterung während der Schwebezeit des aufschiebend bedingten Kaufes auferlegt.

C. Die Gefahrtragung bei dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

Während bei der aufschiebenden Bedingung der Kaufvertrag erst mit der Erfüllung der Bedingung perfekt wird, ent-

*) Kipp-W. S. 663 Nm. 10.
Staudinger Am. 3a § 5, 446.
Kuhlenbeck II s. Abschnitt 5,11 S. 68.
Crome II § 212 3a S. 419.

steht bei dem unter einer Resolutivbedingung geschlossenen Kaufvertrage sogleich ein perfekter Kauf (Paulus: l 2 § 4 D pro empt. 41,1). Die Gefahr geht daher sogleich mit dem Abschluß des Vertrages auf den Käufer über. Ein späterer Eintritt der Bedingung nutzt dem Käufer aus denselben Gründen nichts, wie sie dem Verkäufer bei dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung unter diesen Umständen nichts nutzen konnten.

Ueber die Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kaufe hinsichtlich der Gefahrtragung der Verschlechterung besteht Unklarheit, weil für die Beurteilung der Gefahrtragung bei der in diem addictio der lex commissoria und dem pactum dissiplicientae weniger rechtliche als hauptsächlich tatsächliche Momente in Betracht kommen, und über das Wesen der Resolutivbedenken als solcher der erwähnte Streit herrscht. Nach der hier auf Seite 19–23, 28–29 vertretenen Ansicht bleibt es, wenn die Bedingung eintritt, bei dem unbedingten Hauptgeschäfte, nach welcher der Käufer die Gefahr des Unterganges zu tragen hat. Eine Verschlechterung der Sache aber vor Eintritt der Bedingung steht dem Wirksamwerden des Nebengeschäftes nicht im Wege. Hier trägt der Verkäufer die Gefahr*).

Die Vertreter der anderen Ansicht, die auflösende Bedingung sei ein einheitliches Rechtsgeschäft im römischen Rechte, kommen zu dem Resultat, daß der Verkäufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung zu tragen habe. Sie berufen sich auf den Ausdruck der Quellen Res in empta und die sich daraus ergebende im gemeinen Recht herrschende Lehre von der dinglichen Rückwirkung der auflösenden Bedingung**).

*) So auch Vangerov III, § 591 B und § 635 Am. II B II a. Hoffmann, S. 84. Dernburg Pandekten, § 95 Am. 10. Puntschart S. 342–344. Goldschmid S. 120.

**) Dernburg, Pandekten I. Arns § 71. Thibaut zivilistische Abhandlungen S. 366. Savigny III S. 154. Winscheid I § 91, Anm. II und III. Czyhlarz S. 23 und 38.

Zweiter Teil.

Die Behandlung des Falles nach preußischem Rechte.

Einleitung.

Zwischen der Auffassung der römischen Juristen über die Rechtsfragen, welche soeben behandelt wurden, und der Auffassung des heutigen Rechts besteht eine tiefe Kluft.

Da nicht anzunehmen ist, daß, wie überall, so auch hier die Auffassung und die Behandlung einer Rechtseinrichtung, eines Rechtssatzes, sich sprungweise entwickelt hat, so ergibt sich, wie alles sich geschichtlich entwickelt hat, so auch die Auffassung in jenen Rechtsfragen. Und wie zum Verständnis irgend eines anderen Bestandteiles der Kultur dessen geschichtliche Entwicklung zu betrachten unumgänglich notwendig ist, ist dies auch hier der Fall. Ein Rechtssatz, die Rechtsauffassung über einen Kreis verwickelter Rechtsfragen ergibt sich nicht allein aus dem natürlichen Rechtsbewußtsein eines Volkes an sich, nicht aus dem Gefühl für Recht und Unrecht, für Gut und Böse, mag dies Volk auf einer sittlich noch so hohen Stufe stehen, er ergibt sich auch aus seiner geschichtlichen Entwicklung.

Das ältere Deutsche Recht legte entscheidenden Wert auf den Zeitpunkt der Uebertragung der Gewere. Während, wie gezeigt, das Römische Recht Gefahr und Nutzungsrecht schon mit der Perfektion des Kaufvertrages übergehen ließ, knüpft das ältere Deutsche Recht diese Rechtsfolge an die Uebertragung der Gewere. Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung geht zusammen mit dem Nutzungsbezuge erst mit der Uebertragung der Gewere auf den Käufer über*).

*) Gierke: Deutsches Privatrecht Band III Seite 446
Stobbe: Vertragsrecht Seite 278 ff.
Laband: Vermögensrechtliche Klagen Seite 453 ff.
Häusler: Gewere Seite 215 ff.

Der Grund ist wohl der, daß das juristisch fein durchgebildete Römertum es sich leisten konnte, eine derartig wichtige Rechtsfolge an ein äußerlich schlecht wahrnehmbares, ungewisses Ereignis zu knüpfen. Das in dieser Beziehung durchaus primitive Germanentum des älteren Mittelalters brauchte einen sinnlich leicht erkennbaren Zeitpunkt zur Festlegung des Augenblicks des Gefahrübergangs. Die Uebertragung der Gewere erfolgte unter bestimmten Formen. Also lag es nahe, den Gefahrübergang an die Uebertragung der Gewere zu knüpfen. Und so blieb beim Fahrniskauf der Gefahrübergang im älteren Deutschen Recht an die körperliche Uebergabe geknüpft*).

Mit der Rezeption drang zwar die römisch-rechtliche Auffassung durch. Sie erschien dem deutschen Rechtsbewußtsein aber immer als ein fremder Bestandteil. Unter den neueren Gesetzbüchern stellt das Allgemeine Landrecht den deutsch-rechtlichen Grundsatz im wesentlichen wieder her.

Es erscheint tunlich, die Auffassung einer der wichtigsten Stufen jener Entwicklung der Auffassung in jenen Fragen zu betrachten, die Stellung des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794.

Welche Gesichtspunkte hat das Landrecht in jenen Fragen geschaffen, wie sind diese zu erklären, welche dieser Gesichtspunkte sind in das heutige Recht übergegangen? Die Beantwortung jener Fragen wird einen geschichtlichen Ueberblick über die, die gesamte Auffassung jener Rechtsfragen betreffende Entwicklung und damit das Verstehen für das als Schlußstein zu behandelnde heutige Recht ergeben.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Regeln.

I. Der bedingte Kaufvertrag.

„Das Kaufsgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigentums einer Sache, und

*) Lüb. R. b. Hach IV, 99; Wiener Stadtrecht Art. 62 u. Art. 70.

der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet.“ l 11 § 11. Aus diesem Satze des Landrechts erhellt die so ganz vom römischen Recht verschieden geartete Auffassung des Kaufgeschäftes. Der Verkäufer hat dem Käufer das Eigentum an dem Kaufgegenstand zu verschaffen. Damit wird nicht etwa erklärt, es sei kein Kauf, wenn der Verkäufer nicht Eigentum verschaffe, während entgegengesetzt im römischen Recht nicht als Kauf galt ein Geschäft, in dem der Zweck die Eigentumverschaffung war (l 16 de cond. causa data 12,4). Nur der vollständige, dauernde Besitz muß auf den Käufer übergehen. Geschlossen ist der Vertrag mit Einigung der Parteien über Preis und Ware und dem Feststehen der Person, auf die das Eigentum übertragen werden soll. l 11,12. Diese Auffassung wiederum deckt sich mit der des römischen und des heute geltenden Rechts. Wo der Verkäufer zu leisten hat, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen (I Titel 11 § 94 Titel 5 §§ 231—251).

„Solange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen geschlossen sind, oder sonst ein anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last.“ (I Titel 11 § 95.) Die Transportgefahr dagegen trug der Käufer. (I Titel 11 § 122 ff.)

Diese vom römischen Recht grundverschiedene Auffassung des Gefahrübergang war eine Folge des Satzes casus sentit dominus und der Rechtschaffung des älteren deutschen Rechts (vgl. § 48). Suarez hat diese Auffassung bei der Schlußrevision des Gesetzbuches in seinen amtlichen Vorträgen zu rechtfertigen gesucht, indem er sagte: Diese Sätze weichen darin von dem römischen Recht ab, daß sich nach diesem das perikulum, sogleich nachdem der Kauf perfeziert war, auf den Käufer überging. Allein diese Vorschrift verdiente gewiß weniger als irgend eine andere, beibehalten zu werden. Sie ist 1. gegen alle Prinzipien des römischen Rechts selbst, casum sentit dominus ist eine

der ersten Regeln desselben. Bei dem Kaufe geht, wie bei allen übrigen titulis domines translativis das Eigentum erst durch die Tradition auf den Emptorem über und gleichwohl soll er, noch vor der Tradition alle Gefahr tragen. 2. Der römische Satz beruhet ferner auf einer bloßen Spitzfindigkeit. Der Verkäufer, sagen die Doktores, verliert freilich durch den Untergang der Sache sein dominium; aber der Käufer verliert dadurch ebenfalls seine Aktion, auf die Uebergabe zu klagen, weil die res tradenta nicht mehr da ist. Hingegen bleibt dem Venditori seine Aktion auf das Pretium, weil durch dessen Zahlung der Kontrakt immer noch erfüllt werden kann. Es ist aber unbegreiflich, wie man den Venditori in dato casu eine Aktion auf Zahlung des Pretii nachgeben kann, da er doch nicht mehr imstande ist, die verkaufte Sache zu gewähren, und gleichwohl eine jede actio ex contractu notwendig voraussetzt, daß der Kläger von seiner Seite den Kontrakt erfüllen könne und wolle. 3. Die römische Theorie ist auch wieder die natürliche Billigkeit. Der Käufer, der die Sache noch nicht in seinem Verwahrsam hat, der darüber noch garnicht disponieren, der nicht die geringsten Vorkehrungen zu ihrer Erhaltung und Sicherheit treffen kann, der noch nicht den geringsten Nutzen gezogen hat, soll dennoch schuldig sein, das Kaufgeld zu bezahlen, ob ihm gleich sein Verkäufer die Sache nicht mehr gewähren kann. 4. Diese Theorie führt auf große Weitläufigkeiten und Verwickelungen. Der Verkäufer muß in dem Zwischenraume bis zur Tradition die Funktion eines Depositars und Administrators bei der Sache übernehmen, er muß die Konversationskosten bei der Sache tragen, er muß über die Früchte und Nutzungen Rechnung legen usw. Es bedarf wohl keiner Aufklärung, wie schwankend und bedenklich ein solches Verhältnis ist und zu wieviel Streitigkeiten und Prozessen selbiges Anlaß geben könne. Die im Gesetzbuch angenommene Theorie ist also der Natur der Sache und des Geschäfts den Prinzipiis des römischen Rechts und der natürlichen Billigkeit gemäß. Sie simplifiziert

diese sonst so sehr verwickelte Materie ausnehmend und verdient also voll vor dem iure romano den Vorzug (Jahrbücher Band 41 Seite 16).

Suarez stellt sich also im bewußten Gegensatz zu dem römischen Recht auf den Boden der Rechtsanschauung des älteren deutschen Rechts. Ob er den Satz casus sentit dominus, der in diesem Zusammenhange heißen müßte periculum est creditoris nicht richtig erfaßt hat, sei dahingestellt. Die Folgerung aus I Tit. 11 § 95 ist, daß die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist im Augenblick der Uebergabe, vorausgesetzt daß ein unbedingter (I Tit. 11 § 259) und perfekter (I Tit. 11 § 131) Kauf vorliegt. Dementsprechend darf der Verkäufer Nutzungen und Früchte bis zur Uebergabe behalten.

Wie verhält sich weiter das Landrecht zur Frage des Unmöglichwerdens der Leistung?

I Tit. 5 § 365: Entsteht die Unmöglichkeit durch einen Zufall, ... so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen. Dabei ist alles das, was ohne Zutun der Parteien geschieht, in Bezug auf den Zufall, also auch die Schuld eines Dritten. Es muß sich um ein dauerndes Hindernis, die Leistung zu bewirken, handeln (I Tit. 21 § 299). Der Untergang der Gegenverpflichtung ist im Landrecht geregelt. Insbesondere erlischt die Verpflichtung des Käufers, wenn die Leistung unmöglich wurde (Dernburg Band 2 Seite 249). Die bei Verträgen eintretende Unmöglichkeit wird entsprechend den allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit behandelt (I Tit 5 §§ 373, 364–68). Die Folge dieser Vernichtung des Vertrages ist also die Rückgewähr desjenigen, was die Parteien von einander empfangen haben. Auch nach dem Landrecht steht die Hinzufügung einer Bedingung den Parteien bei Errichtung eines Rechtsgeschäftes frei. Wie wirkt nun die Einfügung einer Bedingung bei der Errichtung des Geschäftes auf den Kaufvertrag ein, insbesondere wie verhält es sich mit der Frage der Gefahrtragung?

A. Die Gefahrtragung bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

Eine Willenserklärung ist bedingt, wenn das daraus entstehende Recht von einem Ereignis, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht worden, bestimmt das Landrecht im Teile 1 Tit. 4 § 100.

Auch dieses Recht kennt die Einteilung in auflösende und aufschiebende Bedingungen. Welche von beiden in Zweifel anzunehmen ist, bestimmt das Landrecht dahin, daß die sofortige Uebergabe das Erkennungszeichen für einen unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kauf sei. Denn der entwickelte Verkehr, der sich nicht mehr in den feststehenden Formen des römischen Rechts abspielte, verlangte eine Vermutung. Diese Vermutung ist hier im entgegengesetzten Sinne ausgefallen, als es nachher im heutigen Recht festzustellen sein wird. Ist die Bedingung in der Art hinzugefügt, daß durch ihren Eintritt der Erwerb des Rechts erst vollendet werden soll, so heißt sie eine aufschiebende (I Tit. 4 § 101). Wenn die Bedingung ausfällt, sollen die Parteien mit der Kontraktsklage das Geleistete zurückfordern können, Früchte und Zinsen der Zwischenzeit gleichen sich aus (I Tit. 11 § 260). Auch den Verfassern des Landrechts ist die Frage der Rückziehung aufgetaucht. Eine ausdrücklicke Entscheidung findet sich nicht. Der bedingt Berechtigte soll so behandelt werden, als hätten ihm Genuß und Früchte von vornherein zugestanden (I Tit. 4 § 142), da durch die Errichtung des Geschäfts sowie auch im heutigen Rechte das Vermögen des bedingt Berechtigten einen Zuwachs erhalten hat. Wirkung erlangt das Geschäft erst mit dem Eintritt der Bedingung, da es eine Befristung bis zum Eintritt der Bedingung enthält. Trotz der Rückziehung kommen also die Vorteile der Zwischenzeit dem bedingt Berechtigten nicht zu Gute (Fittings, Archiv für zivilistische Praxis Band 39 Seite 33; Dernburg, Allgemeine Lehren und Sachenrecht 4. Auflage Seite 201; Vangerow Band 1 § 95).

Dies ist aber nicht der Fall, wenn der bedingt Berechtigte sofort in den Besitz der Sache gesetzt wurde. Die Möglichkeit, das Recht oder die Sache endgültig zu erwerben, ist fortgefallen, kein Teil soll irgend einen Schaden davon haben, wird auch im Sinne des Landrechts zu entscheiden sein. Suarez sagte, daß die Doktores den Satz, daß die conditio existens retrotrahiert werde, beibehalten haben. Diesen Satz hält er weder für nötig, noch für richtig.

Jedenfalls trifft das Landrecht in dieser Frage keine Entscheidung. Das richtige wird in der Regel sein, eine Rückwirkung anzunehmen und Ausnahmen zu machen, vor allen Dingen dann z. B., wenn die Sache vor dem Eintritt der Bedingung übergeben worden ist. Bis zu dem Eintritt der Bedingung behandelt das Landrecht den Berechtigten als Verwalter einer fremden Sache (I Tit. 11 § 259). Tritt dann die Bedingung ein, wird dann sein Eigentum als vom Geschäftsabschluß an bestehend anzusehen sein. Während des Schwebezustandes bleibt dann dementsprechend die Gefahr bei dem, der sie bis dahin getragen hat. (ITit. 11 § 259.) Wenn die Sache untergeht, bevor die Bedingung eingetreten oder ausgefallen ist, wird der ganze Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung, für die auch hier die Zeit des Eintritts der Bedingung maßgebend erscheint, vernichtet. Der etwa schon gezahlte Kaufpreis kann zurückgefordert werden, denn während des Schwebezustandes blieb ja die Gefahr bei dem Verkäufer, übergehen konnte sie erst mit dem Eintritt der Bedingung, der in diesem Falle, wo er auf ein juristisches Nichts trifft, wirkungslos bleibt. In diesem Sinne hat auch das Obertribunal (Entscheidungen Band 50) eine Entscheidung getroffen: das Appelationsgericht hatte (Seite 127) entschieden, daß ..... der Kaufkontrakt noch nicht perfekt sei, und trotz der antizipierten Uebergabe die Gefahr noch nicht auf den Verklagten übergegangen sei. Daß das periculum und commodum frühestens mit der Perfektion des Titels übergehen, ergebe sich aus § 117 Tit. 11 Teil 1 des Landrechts. Die anitizipierte Uebergabe übertrage wie bei bedingten Käufen nur die Verwaltung

nach § 259. Dazu nahm der dritte Senat des Obertribunals am 11. Mai 1863 folgendermaßen Stellung: der vom Appellationsrichter zu Grunde gelegte Satz, daß der Eigentümer die Gefahr des Unterganges zu tragen habe, ist durchgreifend. Es ist bei der Frage, wer den Schaden zu tragen hat, der sich durch einen Zufall ereignet, Hauptgrundsatz, daß ein Jeder, welcher an einem Gegenstande Rechte hat, durch den Zufall dieses Recht verliert, sofern dadurch der Gegenstand dieses Rechts vernichtet wird und ganz dasselbe gilt, wenn Personen in vertragsmäßig noch nicht abgeschlossenen Verhältnissen stehen (Thibot, System des Pandektenrechts § 175). Die Beschwerde rügt die Verletzung des § 95 Tit. 11 Teil 1. Sie leitet aus demselben ab, daß mit der Uebergabe die Gefahr auf den Käufer übergeht. Das Gesetz, welches diesen Satz nicht ausspricht, sondern im Gegenteil bestimmt, daß bis zur Uebergabe die Gefahr der Verkäufer tragen muß, setzt aber einen gültigen Titel voraus, der mit Hinzutritt der Uebergabe das Eigentum überträgt. § 2 Tit. 10 . . . . . die Analogie aus dem § 259 Tit. 11 ist nicht unzutreffend, denn nach § 258 gelangt ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Kaufvertrag nur mit dem Eintritt der Bedingung zur Wirklichkeit . . . . . es liegt kein Grund vor, den . . . . Käufer . . . . anders zu behandeln, als den Käufer, welcher vor dem Eintritt einer Suspensivbedingung zu Besitz gelangt, nämlich als einem Verwalter fremder Sachen, wie dies nach § 259 geschehen soll. . . . . Für einen ähnlichen Fall enthält überdies der § 131 l. c. die Bestimmung, daß, wenn die Uebergabe beweglicher Sache vor völligem Abschluß des Kaufvertrages erfolgt ist, das Eigentum und die Gefahr erst von dem Augenblicke an, wo der Vertrag zustande gekommen ist, auf den Käufer übergehe. . . . .

So wäre also zu entscheiden, daß bei einem unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Kaufvertrage, wenn die Bedingung nach dem zufälligen Untergang oder der Verschlechterung der Sache eintritt, die Gefahr der Verkäufer trägt.

B. Die Gefahrtragung bei dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

„Ist eine Bedingung derart beigefügt, daß durch den Eintritt derselben die Wirkung der Willenserklärung wieder aufgelöst werden soll, so heißt solches eine auflösende Bedingung." (I Tit. 4 § 114.) Anders als nach der römischen Auffassung von dem Wesen der Resolutivbedingung, die als ein von einer Suspensivbedingung abhängiger Nebenvertrag zu kennzeichnen war mit der Wirkung ex tunc, bildet nach dem Landrechte die Resolutivbedingung einen Bestandteil des Geschäftes und wirkt Kraft ausdrücklicher Bestimmung des Tit. 4 § 115 ex nunc. „Ein Zurückgreifen", führt Dernburg aus, „in die Vergangenheit, um Rechtsverhältnisse, welche einmal bestanden und Wirkungen übten, hinterher gleichsam von der Wurzel heraus auszutilgen, gilt als nicht beabsichtigt, wie es auch in der Rechtssicherheit nicht ersprießlich und deshalb unserem Verkehr nicht geläufig ist. „Eine Bedingung ist", wie das Obertribunal in dem Erk. II vom 28. März 1865 Er. Arch. 57 Seite 278 entscheidet, „durch deren Eintritt die Wirkung der Willenserklärung wieder aufhört, die also das Rechtsgeschäft ganz auflöst, ist eine auflösende Bedingung. Jedenfalls wird das Rechtsgeschäft während des Schwebezustandes auch im Landrecht als unbedingtes angesehen, das Eigentum erlangt der Käufer schon durch die Uebergabe (I Tit. 11 § 261). Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zum römischen Rechte, als nach dem Eintritt der Bedingung eine neue Uebergabe an den Verkäufer erforderlich ist, um ihm das Eigentum zurück zu übertragen. Der Eintritt der Bedingung hat also hier nicht die Kraft, das Rechtsgeschäft in seiner Wurzel zu erfassen, sondern aus ihm folgt auf Grund eines rein obligatorischen Verhältnisses nur die Pflicht zur Rückübertragung und begrenzt also nicht die Dauer des Eigentums an sich. Die Gefahr ist aber jedenfalls mit der Uebergabe auf den Käufer übergegangen. Er trägt also

den Schaden zufälligen Untergangs und zufälliger Verschlechterung, daran ändert ein nachträgliches Eintreten oder Ausfallen der Bedingung nichts. Ein Ausfallen würde seine Schadenstragung nur bekräftigen. Der Verkäufer hatte seine Verpflichtungen aus dem Vertrage erfüllt. Er wird frei. Der Käufer muß den Kaufpreis zahlen bezw. er kann ihn nicht zurückfordern.

Dritter Teil.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Regeln.

I. Der bedingte Kaufvertrag.

Der Abschluß des Kaufvertrages unter einer Bedingung steht den Parteien auch nach heutigem Recht vollkommen frei. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet den Ausdruck Bedingung in mehrfachem Sinne. Einmal bedeutet Bedingung die Bestimmung, welche die Parteien durch Parteiwillkür – Privatautonomie nennen es die Motive – zum Inhalte ihres Rechtsgeschäftes gemacht haben, wonach die rechtlichen Wirkungen dieses Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen, nach menschlichem Ermessen jetzt ungewissen Tatbestande abhängig gemacht werden.

Zweitens bezeichnet man ungenau mit Bedingung diesen zukünftigen ungewissen Tatbestand oder das Ereignis selbst.

Drittens werden als Bedingungen sämtliche Nebenabreden, welche die Parteien bei der Errichtung des Rechtsgeschäftes vereinbart haben, bezeichnet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht im Sinne der ersten beiden der obengenannten Begriffsbestimmungen von Bedingung, z. B. in § 158 Absatz 1.

Die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung tritt mit dem Eintreten der Bedingung ein.

Zuerst wird hier von Bedingung im Sinne der zuerst gegebenen Begriffsbestimmung gesprochen und zum zweiten Male Bedingung im Sinne der zweiten Begriffsbestimmung angewandt. Endemann (I § 76) empfindet dies als einen Mangel. Dem gegenüber weist Staudinger (I, 4) auf die geschichtliche Entwicklung des eben erwähnten Doppelsinnes hin, denn jenen Doppelsinn hat der Ausdruck Bedingung nicht erst durch das Bürgerliche Gesetzbuch erhalten; fr. 11 § 1 D. 20,4 .... cum enim semel conditio (im Sinne der Begriffsbestimmung 2) ex istet, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione (im Sinne der Begriffsbestimmung 1).

1. Die allgemeinen Regeln des bedingten Kaufvertrages.

Ein Kaufvertrag ist dann als bedingt anzusehen, wenn seine rechtlichen Wirkungen von einem künftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht sind. Beide Arten, sowohl die aufschiebende wie die auflösende Bedingung können auch nach heutigem Rechte einem Kaufvertrage eingefügt werden. Mit dem Eintritt der Bedingung ist gemäß § 158 B. G. B. der Gegenstand oder das Recht verkauft oder nicht verkauft. Diese Wirkung ex nunc tritt jedenfalls dinglich ein, die Wirkung ex tunc dagegen, die gemäß § 159 B. G. B. vereinbart werden kann, hat nur die Kraft, den Kaufvertrag so zu stellen, als hätte er von Anfang an bestanden oder nicht bestanden. Diese Wirkung tritt stets nur obligatorisch ein und soll des weiteren hier in Anlehnung an die Literatur mit gewollter Rückziehung bezeichnet werden. Die Parteien werden hierdurch nur verpflichtet, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Bedingung zu einem früheren Zeitpunkte eingetreten wäre. Die grundverschiedene rechtliche Behandlung, die das Gesetz der aufschiebenden Bedingung und der auflösenden Bedingung zuteil werden läßt, machen

eine getrennte Darlegung der allgemeinen Regeln, welchen diese beiden Arten der Bedingung unterworfen sind, erforderlich.

A. Die allgemeinen Regeln des unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages.

Die Suspensivbedingung, welche es einstweilen in der Schwebe läßt, ob die Rechtswirkung eintritt, enthält auch nach der Auffassung des heute geltenden Rechtes meistens eine Zeitbestimmung. Nach der Ansicht der Motive kann die Bedingung nicht nur die Entstehung, sondern auch die Beendigung des Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben (I,252). Leonhard (I,400) meint, dies liege dann vor, wenn die Parteien bei der bedingten Aufhebung des Vertrages bestimmen, daß der Inhalt des Vertrages, namentlich das Verfügungsrecht, das er gibt, zuerst nicht beeinträchtigt werden soll. Jedenfalls sei es so mit der bei der Geschäftserrichtung beigefügten Bedingung.

Tatsächlich deckt sich diese Geschäftsform mit dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Vertrage.

Enthält ausnahmsweise die Bedingung keine Befristung, soll also die Rechtswirkung zwar von dem Eintritt der Bedingung abhängig sein, also für diesen Fall vom Geschäftsabschluß an Geltung haben, sagt man, die Parteien haben der Bedingung ausnahmsweise rückwirkende Kraft beigelegt. Dernburg behauptet, die rückwirkende Kraft gehe von der nur selten vorkommenden reinen Bedingung aus und bezeichnet dabei als reine Bedingung diejenige, die keine Zeitbestimmung enthält. Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht, die dem Eintritt der Bedingung rückwirkende Kraft absprechen, meinen in Wahrheit die Bedingung, die eine Zeitbestimmung enthält.

B. Die allgemeinen Regeln des unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrages.

Durch die Resolutivbedingung wird auch hier von dem Eintreten oder Ausfallen der Bedingung das Ende der

Wirkungen des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt ihnen rückwirkende Kraft nur, wenn es der Geschäftsinhalt ergibt und auch dann nur mit obligatorischer Wirkung. Der Rückerwerb erfolgt selbsttätig nur dann, wenn nicht allein das Schuldverhältnis, sondern auch das dingliche Erfüllungs- und Vollzugsgeschäft nach der Absicht der Parteien auflösend bedingt sein soll. Wenn im übrigen die Parteien verabredet haben, daß das Geschäft bei Eintritt der Bedingung als überhaupt nicht geschlossen gelten solle, ist jedenfalls rückwirkende Kraft mit obligatorischer Wirkung anzunehmen. Das B. G. B. stellt für die Beantwortung der Frage: haben denn nun die Parteien obligatorische Rückwirkung wirklich gewollt, keinerlei Vermutungen auf. In der zweiten Kommission wurde der Antrag gestellt (P. I,180), eine solche Vermutung bei der auflösenden Bedingung aufzustellen. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, da dies ja nicht für alle Fälle zutreffe, z. B. nicht für die Schenkung unter einer Auflage.

Wieder aufgelebt ist jetzt der Streit, ob das unter einer auflösenden Bedingung vorgenommene Rechtsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft ist, kraft dessen die rechtliche Verfügung nur als eine zeitlich beschränkte eintritt, oder ob nicht in Wahrheit zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, durch deren erstes die betr. rechtliche Wirkung unbedingt eintritt, während sie durch das zweite unter einer auflösenden Bedingung wieder rückgängig gemacht wird (P. I,273). Wie festgestellt, war letzteres die Auffassung des römischen Rechtes. Die tatsächliche Bedeutung dieser Frage ist heute nicht allzugroß, wenn auch bei der letzteren Auffassung anerkannt wird, wie denn das auch meistens der Fall ist, daß, wenn auch wirklich zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, diese beiden Rechtsgeschäfte untrennbar miteinander verbunden sind. Durch den Eintritt der auflösenden Bedingung entsteht keine Verpflichtung für die betreffende Partei, die eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufzuheben, sondern ganz von selbst tritt das Eigentum des früheren Eigentümers wieder ein. Derjenige,

dem das Eigentum in der Zwischenzeit bedingt übertragen war, war aber Eigentümer.

2. Die Gefahrtragung beim Kaufvertrage während des Schwebens einer Bedingung.

Der Entwurf gibt über den bedingten Kauf keine besonderen Vorschriften, es greifen also demnach die allgemeinen Bestimmungen Platz. Die Gefahr geht bei der Uebergabe, die erfüllungshalber auf Grund des Kaufvertrages geschieht, auf den Käufer über.

Auf diese, sowie auf die weiteren der in Betracht kommenden Fragen soll bei der Behandlung der Wirkung der beiden Arten der Bedingung näher eingegangen werden. Hervorgehoben sei nur noch das folgende, welches für die Gefahrtragung beim bedingten Kaufvertrage im allgemeinen Geltung hat.

Die allgemeinen Bestimmungen, wonach der Verkäufer durch Unmöglichkeit, die er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über das Unmöglichwerden der Leistung befreit wird, gelten auch für den bedingten Kauf. Sie werden zwar zurückgedrängt, aber nicht vollständig ausgeschlossen. Oft ergibt die Anwendung der allgemeinen und der besonderen Regeln das gleiche; z. B. wenn die Kaufsache durch Zufall untergeht, braucht der Käufer den Kaufpreis nach § 323 B. G. B. nicht zu zahlen, dies wird durch die §§ 446, 447, B. G. B. bestätigt (Oertmann Seite 418). Der Verkäufer verliert also seinen Anspruch, kann den Kaufpreis nicht verlangen, oder wenn er ihn bereits erhalten hat, muß er ihn zurückerstatten. Einige leugnen dies. Es folgt aber aus § 440 Abs. 1 B. G. B., der wieder auf § 323 Abs. 1 verweist, und es wird auch durch die Billigkeit gefordert. Der § 434 B. G. B. steht der Richtigkeit dieser Auffassung keineswegs entgegen. „Denn er stellt keine Garantiepflicht für die Zukunft auf sondern bestimmt lediglich den Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers in der Frage der Rechtsverschaffung“ (P. I,266).

Durch zufällige Unmöglichkeit erlischt jeder bedingte Kauf (Enneccerus Seite 339).

Unmöglich ist im übrigen hier wie sonst auch überall nur die Leistung, welche überhaupt nicht bewirkt werden kann, z. B. die Leistung einer untergegangenen Sache. Wenn die Leistung an sich möglich ist, aber nur gerade der Schuldner außer Stande sie zu bewirken, spricht das B. G. B. von Unvermögen. Je nachdem diese Unmöglichkeit z. Zt. des Vertragsabschlusses besteht oder nach dessen Errichtung eintritt, ist sie eine ursprüngliche oder eine nachfolgende. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit nennt man sowohl die Unmöglichkeit der Leistung, als auch das Unvermögen des Schuldners Unmöglichwerden. Allein maßgebend für die Frage, ob ursprüngliche Unmöglichkeit oder Unmöglichwerden vorliegt, ist die Zeit des Vertragsabschlusses. Bei bedingten Verträgen ist also die Unmöglichkeit auch dann eine nachfolgende, wenn die z. Zt. des Vertragabschlusses noch mögliche Leistung vor dem Eintritt der Bedingung unmöglich wird. Eine entgegengesetzte Auffassung würde zu dem sonderbaren Ergebnis führen, daß der Schuldner bei der bedingten Schuld für unverschuldetes, bei schwebender Bedingung eintretendes Unmöglichwerden haften würde, also stärker als bei der unbedingten.

Zum Schluß dieses Abschnittes, in dem von der Gefahrtragung beim bedingten Kauf im allgemeinen gehandelt wurde, soll noch die Frage aufgeworfen werden, ob das zur Verwirklichung eines bedingten obligatorischen Vertrages vorgenommene dingliche Erfüllungsgeschäft seinerseits gleichfalls als ein bedingtes vorgenommen wird Diese Frage wird dahin zu beantworten sein, daß dies einerseits von den gesetzlichen Bedingungsverboten (z. B. § 925 B. G. B.) und andererseits von dem Parteiwillen abhängt. Wer aber, wie in dem vorliegenden Falle, bedingt verkauft, will auch nur, so wird es wenigstens in der Regel sein, bedingt Eigentum übertragen.

Für die Gefahrtragung beim Kauf sind besondere Bestimmungen getroffen worden, die allerdings eine anderweitige Regelung durch Parteivereinbarung zulassen. § 446 B. G. B. Das B. G. B. hat damit mit dem Grundsatze des römischen Rechts periculum est emptoris gebrochen, weil es der Natur der gegenseitigen vertragsmäßigen Verbindlichkeiten widerstrebt, das ungeachtet des Wegfalles der einen die andere ohne Gegenleistung bestehen soll.

Von einigen Einzelfällen (Versendungskauf, Annahmeverzug) abgesehen, ist der Uebergang der Gefahr auf den Käufer in Anlehnung an die deutschrechtliche Bestimmung des Allgemeinen Landrechts im allgemeinen an die leicht erkennbare Tatsache der Erfüllung des Kaufvertrages geknüpft. Also nur, wenn der Käufer die rechtlich vollkommene Herrschaft über die Sache, das Eigentum auf Grund einer zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages vorgenommenen Uebergabe erlangt hat, trägt er die Gefahr. (Vergl. Magdan, Materialien zum B. G. B. Band 2, Seite 414; Oertmann § 446; Tietze, Unmöglichkeit der Leistung Seite 256; Gruchots Beiträge Band 41, Seite 883; Mayer, Gefahrtragung bei dem bedingten Kauf Diss. Greifswald 1911; ebenso Plank und Staudinger . Die Vertreter einer anderen Ansicht behaupten, daß die Uebergabe die Gefahr auch dann überträgt, wenn sie unvollkommen ist (Cossack Band 1, Seite 461). Wenn der Verkäufer also absichtlich fahrlässig gegen seine Vertragsverpflichtungen verstoßen hat, soll er nach Cossack sonderbarerweise von der Gefahrtragung befreit werden. Das B. G. B sagt über den Einfluß der Hinzufügung einer Bedingung auf die Gefahrverteilung beim Kaufvertrage nichts. Die Motive I,324 begründen diese scheinbare Lücke damit, daß sie die Frage, wie, falls bei schwebender Bedingung die Sache übergeben worden ist, es sich mit der Gefahrtragung verhalte, an Hand der einschlagenden Vorschriften der Wissenschaft und der Praxis zur Lösung überlassen. Diese Zurückhaltung ist umso auffälliger, als es sich um eine Frage handelt, die sich häufig übersehen läßt.

Die Frage nach der Gefahrtragung kann bei dem bedingten Kauf natürlich nur dann aufgeworfen werden, wenn der Verkäufer das getan hat, was nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Kaufes ohne Bedingung den Uebergang der Gefahr auf den Käufer bewirkt und die Sache vor Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung untergeht oder verschlechtert ist. Er muß also dem Käufer die Sache übergeben haben. Im Hinblick auf die verschiedenen Wirkungen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung ergibt sich auch nach heutigem Recht bei der Behandlung des Falls eine getrennte Erörterung der beiden Bedingungsarten.

A. Die Gefahrtragung bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

Gerade weil die Motive die Beantwortung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen haben, hat sich eine außerordentlich reichhaltige Literatur über diese Frage entwickelt. Es lassen sich folgende Gruppen unterscheiden:

Die erste Gruppe

gibt von der Uebergabe ab die Gefahr des Untergangs dem Käufer. Die Vertreter dieser Ansicht legen bereits derjenigen Uebergabe gefahrübertragende Wirkung bei, die dem Käufer die Möglichkeit der Ueberwachung der Sache verschafft.

Die zweite Gruppe

entscheidet sich für die römisch-rechtliche Lösung. Der Verkäufer soll die Gefahr des Unterganges tragen.

Die Anhänger dieser Gruppe sagen zwar, daß die Grundregel des heutigen Rechts ist: die Gefahr des zufälligen Untergangs wie der zufälligen Verschlechterung der verkauften Sache geht mit ihrer Uebergabe auf den Käufer über; sie lassen dies aber nur unter der Voraussetzung gelten, daß im Augenblick des Eintritts des nachteiligen Zufalls der Kaufvertrag in Kraft ist. Schwebt noch eine aufschiebende Bedingung, so trifft der Schade den Verkäufer.*)

*) Gierke: Deutsches Privatrecht Band III Seite 447.

Die dritte Gruppe

läßt die Gefahr des Unterganges und die der Verschlechterung den Verkäufer tragen. (Plank.)

Wenn nun zu dieser Frage Stellung genommen werden soll, muß davon ausgegangen werden, daß nur die zur Erfüllung der Vertragsverbindlichkeit vorgenommene Uebergabe gefahrübertragende Wirkung hat. (Gruchot Band 41 Seite 883, Motive 436; 324; das Prinzip des Entwurfs, wonach der Käufer von dem Zeitpunkt an die Gefahr trägt, wo er, sei es die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt hat, ist richtig, weil es dem Wesen des Kaufvertrages und der regelmäßigen Parteiintention entspricht und zudem die rechtsgeschichtliche Entwicklung für sich hat.) Die beim aufschiebend bedingten Kauf vor dem Eintritt der Bedingung vorgenommene Uebergabe kann also nie die Bedeutung einer Erfüllungshandlung haben (vergl. Denkschrift zum Entwurf I, 2. Abschnitt Seite 19) und nie unter den Begriff der Uebergabe im Sinne des § 446 fallen. Denn der § 446 setzt die Uebergabe einer verkauften Sache voraus. Hier ist aber noch garnichts verkauft. Wenn dabei also trotz der Uebergabe die Gefahr nicht auf den Käufer übergeht, so ist dies nicht etwa eine Ausnahme des in § 446 aufgestellten Grundsatzes, sondern ist der sich folgerichtig ergebende Schluß des grundverschiedenen Charakters der Uebergabe im § 446 und der Uebergabe bei Gelegenheit eines suspensiv bedingten Kaufes. Der Schluß daraus wäre, daß diese Uebergabe keine gefahrübertragende Wirkung hat. Ebenso wenig wie aber die Gefahr des Unterganges der Sache durch die vor dem Eintritt der Bedingung vorgenommene Uebergabe auf den Käufer übergehen kann, kann dies durch den Eintritt der Bedingung geschehen, wenn die Sache untergegangen ist. Denn dann ist der ganze Kauf unwirksam; entsteht zwar, wie gezeigt wurde, beim bedingten Rechtsgeschäft dieses nicht erst im Augenblick der Erfüllung bezw. des Ausfalls der Bedingung, so ist doch das Erfordernis des Vorhandenseins des Gegenstandes

nach dem Augenblick der Erfüllung bezw. des Ausfalls der Bedingung zu beurteilen, da der Geschäftsgegenstand erst in diesem Augenblicke für den Geschäftsverkehr von Bedeutung wird. Die durch den Eintritt der Bedingung herbeigeführte Erfüllbarkeit ist durch den Untergang der Sache vereitelt worden. Ob die Bedingung eintritt oder nicht, sie findet keinen Kauf mehr vor. Der Verkäufer hatte eben eine unmögliche Leistung, nämlich die Leistung bei Eintritt der Bedingung versprochen.

Es wäre also zu entscheiden: die Gefahr ist bei dem Verkäufer geblieben, er verliert seinen Anspruch, den etwa schon gezahlten Kaufpreis kann der Käufer nach § 323 Abs. 1 und 3 wieder zurückfordern. Das Vorliegen eines Unmöglichwerdens der Leistung wird bestritten, weil das Schuldverhältnis noch nicht entstanden war. Es wurde gezeigt, daß diese Ansicht nicht zutrifft. Die Folge dieser abweichenden Auffassung wäre außerdem ursprüngliche Unmöglichkeit anzunehmen. Diese setzt aber nach § 305 B. G. B. eine beim Abschluß des Vertrages vorhandene Unmöglichkeit voraus. (Kisch Seite 25; Tietze Seite 54; a. A. Schollmeyer Kommentar Seite 98.) Der Käufer könnte seinen Herausgabeanspruch auf § 820 B. G. B. stützen, indem mit seiner Leistung ein Erfolg bezweckt war, dessen Eintritt nach dem Inhalt des Kaufvertrages als ungewiß angesehen wurde, und dieser Erfolg nicht eingetreten ist.

Aus dem bisher Angeführten ergibt sich, daß die überwiegende Mehrzahl derjenigen, welche diese Frage in der Literatur behandelt haben, sich dahin entschieden hat, daß die Gefahr bei dem Verkäufer geblieben ist*), dieser also seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises verliert bezw. ihn wieder zurückerstatten muß.

---

*) Für einen Gefahrübergang entscheiden sich

I. Oertmann Seite 396 ff. zu § 446 B. 2: Nach seiner Ansicht soll nur bei der Eigentumsübertragung die Gefahr auf den Käufer übergehen. Dem ist entgegen zu halten, daß der § 446 nur ganz allgemein von Uebergabe spricht, sich also auch für Grundstücke

Hier soll im folgenden ein anderer Standpunkt vertreten werden, der sich im wesentlichen auf die ineinandergreifenden Gesichtspunkte der Billigkeit und der gewollten Rückziehung stützt.

Gehen wir der Entstehungsgeschichte des § 446 nach, so ergibt sich zwar aus den Motiven (II,205) daß, in § 446 die Vorschrift des § 323 nochmals ausgesprochen sei, – bis zur Erfüllung habe also der Schuldner die Gefahr zu tragen. Die Motive beziehen sich aber nur auf den ersten Entwurf, dieser ist nie Gesetz geworden und auch die Protokolle, welche jüngeren Ursprungs sind, vertreten eine andere Auffassung. Denn während sich als Auffassung der Motive ergibt, daß die Gefahr nur nach der Eigentumsverschaffung als der vollständigen Vertragserfüllung übergehen könne, stützen sich die Protokolle (II,61) auf die für den Käufer nach der Uebergabe allein vorhandene

---

bezieht. Bei diesem aber hat die Uebergabe nie Uebereignungswirkungen.

II. Düringer-Hachenburg Handelsgesetzbuch Seite 87 Aufl. 1913: Ohne Begründung.

III. Staub Seite 1008: Er führt aus, daß dem Käufer, da der Eintritt der Bedingung keine rückwirkende Kraft habe, ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 323 nicht zusteht.

IV. Kramer, Gefahrübertragung beim Kauf Seite 37.

V. Deutsche Juristenzeitung 1906 Seite 659.

VI. Juristische Wochenschrift 1910 Seite 835.

VII. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 24 Seite 322.

Gegen einen Gefahrübergang entscheiden sich

I. Dernburg, § 174 V § 171 Anmerkung 11: Er beruft sich auf die allgemeinen Regeln des § 323. Dazu soll bemerkt werden, daß seine Ansicht nicht beachtet, daß der § 323 durch die Sondervorschrift des § 446 Abs. 2 und auch durch § 447 außer Kraft gesetzt ist. Sonst müßte es doch dort nicht heißen „mit der Uebergabe", sondern „mit der Erfüllung der Verpflichtungen seitens des Verkäufers".

II. Kluckhohn in Iherings Jahrbüchern 28. Band Seite 118: Er beruft sich auf die Nichtrückwirkung der Bedingung nach § 158 „Es sei ein innerer Widerspruch, den Vertragsschluß erst mit dem Bedingungseintritt wirksam werden zu lassen, trotzdem aber den

Ueberwachungsmöglichkeit; gleicher Ansicht ist auch die Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. Seite 91 ff. und eine Entscheidung des Reichsgerichts (Band 7 Seite 242) „Ausschlaggebend müßte der Gesichtspunkt sein, daß es unbillig gegen den Verkäufer sein würde, diesen auch dann noch die Gefahr tragen zu lassen, wenn er infolge der Uebergabe nicht mehr in der Lage ist, für die Sicherheit der Sache Ordnung zu tragen."

Es ist vor allen Dingen bisher nicht genug beachtet worden, wie unbillig es ist, dem Verkäufer die Gefahr aufzubürden, obgleich er die Sache auf Grund eines zwar noch bedingten, inzwischen durch Eintritt der Bedingung aber als wirksam erwiesenen Verkaufs übergeben, die Obhut der Sache vielleicht an einem weit entfernten Ort, wo ihm jede Einwirkungsmöglichkeit fehlt, (ein Gedanke, den mancher als Grundprinzip allgemein für die Regelung der Gefahrtragung beim Kauf angibt: Kluckhohn in

---

Eintritt einer einzelnen Vertragswirkung, des Gefahrüberganges, schon vorher anzunehmen."

III. Endemann Anm. 24 zu § 159a Seite 947: Er sieht in der Uebergabe keine Erfüllungshandlung. Denn diese setze eine Schuldverbindlichkeit voraus und diese entstehe erst mit dem Eintritt der Bedingung. Er führt als Zeugnis für die Richtigkeit seiner Ansicht den § 1 des Reichsgesetzes über die Abzahlungsgeschäfte an.

IV. Plank Seite 350 Nr. 2 ca.: Er gibt sowohl die Gefahr des Unterganges, wie die der Verschlechterung dem Verkäufer nach den allgemeinen Regeln des § 323.

V. Goldmann-Lilienthal Seite 482 läßt erst bei Bedingungseintritt die Gefahr übergehen.

VI. Staudinger 2. Band Seite 622 7., 8. Auflage, läßt die Gefahr nicht übergehen, da ja „die Perfektion des Geschäftes aufgeschoben sei".

VII. Crone, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band 2 Seite 419: Er entscheidet auch, das vor dem Eintritt der Bedingungen die Gefahr nicht übergehen könne.

VIII. Kisch, Seite 66: Denn mit dem Untergang der Sache stehe fest, daß eine Kaufschuld nicht mehr entstehen könne, selbst wenn die Bedingung später eintreten sollte.

XI. Tietze, Seite 259: Nach dem Parteiwillen sei nicht anzunehmen, daß der Käufer die Gefahr übernehmen wolle.

Iherings Jahrbüchern 1., 2. Heft 1914 Seite 138) und den Genuß und Gebrauch der Sache dem Käufer übergeben und selbst darauf verzichtet hat. Diese Erwägungen werden für stark genug erachtet, um dem Käufer die Gefahr aufzuerlegen, umsomehr, da nach dem Ausspruch der Motive die Beantwortung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben soll. Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und dieser durch die Eigentumsübertragung herbeigeführten ungerechten Vorteilsverteilung wird ein Schluß auf das Vorhandensein eines die Rückbeziehung der Bedingung betreffenden Parteiwillens, dessen

---

X. Frankenberger, zur Lehre vom Kaufvertrage nach bürgerlichem und Handelsrecht in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Nr. 24 Seite 410, „weil die Perfektion des Kaufes noch nicht abgeschlossen sei.

XI. Wendscheid-Kipp § 39 Anhang Ziffer 6.

XII. Fischer-Hanle B. G. B. zu § 446 Anm. 3.

XIII. Schollmeyer 2. Aufl. Seite 18.

XIV. Neumann Handausgabe B. G. B. Anm. 1,3 zu § 446: Es liege keine Uebergabe einer verkauften Sache vor.

XV. Mattiass, Lehrbuch des B. G. B. Seite 459.

XVI. Fröhlich, Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf. Diss. Münster 1906 Seite 34.

XVII. Fedden, der Uebergang der Gefahr beim Kauf. Diss. Leipzig 1909 Seite 25.

XVIII. Lübbe, Regeln des Gefahrübergangs beim Kauf. Diss. Leipzig 1907 Seite 31.

XIX. Dietrich, Gefahrübergang beim Kauf. Diss. Heidelberg 1907 Seite 28.

XX. Mueller, Gefahrübergang beim bedingten Kauf. Diss. Breslau 1913 Seite 45.

XXI. Hartzem, Gefahrtragung beim Kauf während des Schwebens einer Bedingung. Diss. Leipzig 1913 Seite 12.

XXII. Maase, Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung. Diss. Rostock 1901 Seite 45.

XXIII. Mayer, Gefahrtragung beim bedingten Kauf. Diss. Greifswald 1911 Seite 25.

XXIV. Rechtssprechung der Oberlandesgerichte 24, 321.

XXV. Seufferts Archiv 68, 45.

XXVI. Leipziger Zeitschrift 1914 Seite 92.

XXVII. Sohn Institutionen 1917 Seite 543 Anmerkung 6.

Vorhandensein die Last der Gefahrtragung im umgekehrten und gerechteren Willen verteilt zu ziehen sein. Und wenn auch Hartzem (siehe Anmerkung* Ziffer XXI) meint, die unbedingte Eigentumsübertragung sei ein, nur mit größter Vorsicht zu benutzendes Kennzeichen für die Annahme, daß die Parteien bei Abschluß des Kaufvertrages die Rückführung der Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt und damit eine selbständige Regelung der Gefahrtragung gewollt haben, so kann dem nicht beigetreten werden.*) Denn wohl meistens werden die Parteien mit der Uebergabe auch den Willen die Gefahrverteilung selbständig zu regeln verbunden haben, wie auch von dem Kommentar der Reichsgerichtsräte (Seite 443) ohne weiteres angenommen wird. Liegt aber der Fall der gewollten Rückziehung vor, d. h. sollen durch Parteivereinbarung oder dem Inhalt des Geschäfts oder den sonstwie erkennbaren Vereinbarungen die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so tritt bezügl. der Gefahrtragung eine Umkehrung der vorstehenden Regeln ein. Die Beteiligten sind dann nämlich verpflichtet, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in einem früheren Zeitpunkte eingetreten wären § 159 B. G. B. Es soll also so angesehen werden, als ob der Käufer bereits in diesem früheren Zeitpunkte unbedingtes Eigentum, der Verkäufer aber einen unbedingten Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gehabt hätte. Die Einwendung, daß die Bedingung dann keine rückwirkende Kraft mehr äußern könne, wenn sie garnicht zur Wirksamkeit gelange, ist nicht durchdringend; denn es ist zu erwidern, daß es für die Zurückziehung garnicht mehr darauf ankommt, ob die Bedingung den Kauf noch beeinträchtigen kann, es ist allein von Bedeutung, daß die Bedingung tatsächlich eintritt oder nicht. Denn allein an diese Tatsache knüpft der § 159 B. G. B. für die Parteien die soeben erwähnten Verpflichtungen

*) Vergleiche Dernburg B. G. B. 2,2 Seite 31, Anm. 18, ferner Enneccerus Band 1 Seite 121.

und der Eintritt der Bedingungen erfolgt unabhängig davon, ob die Bedingung auf den Kauf noch eine Wirkung auszuüben vermag oder nicht.

Ferner läßt auch der erwähnte Ausspruch der Motive der Anwendung der §§ 133, 157 B. G. B. weitesten Spielraum, jener Paragraphen, die Stammler in „seiner Lehre vom richtigen Recht“ mit Recht als die königlichen bezeichnet und die Grundsatz aller Rechtsanwendung bilden müssen.

Aus diesen Erwägungen heraus ist hier zu entscheiden, daß die Gefahr bei suspensiv bedingtem Kaufe nach Uebergabe der Sache während des Schwebens der Bedingungen auf den Käufer übergegangen ist.

Es ist eine nicht allzu seltene Erscheinung im täglichen Leben, daß das Objekt des Kaufvertrages, das zur Zeit der Vertragserrichtung allen von den Parteien gestellten Ansprüchen genügte, nach dessen Abschluß durch schädigende Zufälle, denen alle menschlichen Vermögenswerte ausgesetzt sind, nicht vernichtet, aber doch so in seinem Werte herabgemindert oder gänzlich unbrauchbar gemacht war, daß er infolgedessen mit Fehlern behaftet erscheint, die den Wert oder die Tauglichkeit des Objekts zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch völlig aufheben. Wenn § 446 Absatz I B. G. B. von der Gefahr der zufälligen Verschlechterung spricht, so hat das Gesetz damit diese Fälle im Auge. Es will mit dieser Vorschrift die positive Einwirkung des nach Abschluß des Kaufvertrages zufällig eingetretenen, den Leistungsgegenstand schädigenden Ereignisses auf das bereits bestehende Vertragsverhältnis regeln. (Endemann Band I, § 115, Abt. II, § 648.) Wer trägt nun bei derartigen Geschehnissen die Gefahr? Die allgemeine Regel lautet hier dahin, daß die Gefahr erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung auf den Käufer übergehen kann. Nun ist aber bei vorheriger Verschlechterung der Sache der Verkäufer im Augenblicke des Eintritts der Bedingung nur noch in der Lage, die mangelhafte Sache

zu liefern. Kann er aber nicht mehr vertragsmäßig liefern, dann ist auch der Käufer seinerseits nicht mehr verpflichtet, den vollen Kaufpreis zu zahlen. Es ist zu entscheiden, daß der Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung trägt. Welches sind aber nun die praktischen Folgen dieses theoretischen Satzes? Welches ist in diesem Falle der Inhalt der Gefahrtragung? Sind auf Seiten des Verkäufers die Voraussetzungen für eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung gegeben und hat daher der Käufer das Recht, ipso jure seine Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 B. G. B. zu liefern, und der Klage auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede aus § 320 B. G. B. entgegenzusetzen? Oder aber finden die Vorschriften über Gewährleistung wegen Mängel der Sache – § 459 B. G. B. – Anwendung? Trifft nämlich das letztere zu, so müßte der Käufer die Minderung dem Verkäufer gegenüber besonders erklären und sein Anspruch auf Minderung würde den Verjährungsfristen des § 477 B. G. B. unterliegen.

In der Literatur gehen die Ansichten darüber, in welchem Verhältnis die Gewährleistungsansprüche zu den Normen über die Unmöglichkeit der Erfüllung stehen, sehr auseinander. Tietze – Seite 227 – vertritt die Auffassung, daß der § 459 B. G. B. die dem Käufer wegen Mängel der Sache zustehenden Ansprüche derartig erschöpfend regelt, daß Rechte, die ihm nicht ausdrücklich in diesem Abschnitte zugesprochen werden, aus den allgemeinen Normen des Obligationenrechts nicht hergeleitet werden können. Dagegen nehmen Crome, Müller, Staudinger, Windscheidd, Neumann, Stern*) an, daß die Vorschriften der §§ 323 – 25 B. G. B. wahlweise neben den Gewährleistungsansprüchen zur Anwendung kommen. Diese Schriftsteller entscheiden sich für die ausschließliche Anwendung des § 459 B. G. B.

*) Crome Band II, § 220 Ziffer 5. Müller „Recht“ 1902, Seite 587 ff. Staudinger Band II, Teil I, Seite 500, Vorbemerkung vor § 459 B. G. B. Windscheidd-Kipp Band II, § 395, Seite 655. Neumann „Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches“ Vorbem. III vor § 459 B. G. B., Seite 385. Stern Seite 45.

Um diese Streitfrage entscheiden zu können, muß auf die Frage zurückgegriffen werden, ob die dem Verkäufer nach § 433 B. G. B. obliegende Verschaffungspflicht der Ware dahin zu verstehen ist, daß er eine mangelfreie Sache liefern muß. Oder ob er seiner Erfüllungspflicht schon damit genügt, daß er die Sache in dem Zustande verschafft, in dem sie sich gerade befindet. Einige Schriftsteller – Dernburg, Kisch, Titze*) – nehmen an, daß der Verkäufer seiner Erfüllungsverpflichtung nur durch Lieferung einer mangelfreien Sache genügen könne. Hiernach würde, vorausgesetzt, daß die Ware mit unbehebbaren Mängeln behaftet ist (weil sonst § 323 B. G. B. überhaupt nicht Anwendung finden könnte), eine Anwendung der Normen über die Unmögichkeit der Erfüllung gegeben sein. Eine ausschließliche Anwendung dieser Bestimmungen gegenüber den Vorschriften des § 459 B. G. B. dürfte jedoch auch hier unmöglich sein. Hier soll aber in Anschluß an Crome und Oertmann**) die Ansicht vertreten werden, daß der Verkäufer auch durch Lieferung einer mangelhaften Sache seiner Erfüllungspflicht genügt hat. Oertmann begründet seine Ansicht folgendermaßen:

„Keine Vorschrift weist auf die von den Gegnern angenommene Vertragspflicht – (nur durch Verschaffung einer mangelfreien Sache der Erfüllungspflicht genügen zu können) – hin, auch nicht der § 459, auf den man sich meist beruft. Der Ausdruck „haften" spricht nicht dafür, er ist an sich zu farblos, da er auch auf eine bloße Gewährschaftspflicht paßt und erst durch die folgenden Einzelbestimmungen erläutert wird. Im Gegenteil spricht der § 463 gegen die herrschende Meinung, indem er eine Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung nur für einen Teil der Haftungsfälle des § 459 ausspricht – für die übrigen, regelmäßigen, ist diese damit ausgeschlossen, was eine höchst

*) Dernburg Band II, Seite 69. Kisch Seite 193 ff. Titze Seite 274.

**) Crome Band II § 220, Anm. IV Seite 444. Oertmann zu § 433 B. G. B. Seite 324.

seltsame Anomalie bedeutete, wenn die Lieferung einer mangelhaften Ware teilweise Nichterfüllung darstellte. Gegen sie spricht auch, daß das Gesetz dem Verkäufer wegen des Mangels weder eine Pflicht zur Nachbesserung noch umgekehrt ein Recht dazu gewährt, im charakteristischen Gegensatz zum Werkvertrage (§§ 633 Abs. 2,634). Die Gegenmeinung wird aber auch dem zu unterstellenden Parteiwillen nicht gerecht; wer eine bestimmte Sache verkauft, will sie doch so, wie sie ist, in ihrer konkreten Leiblichkeit, übertragen; daß er sie ohne weiteres als eine tadellose zu liefern verspräche, läßt sich aus dem Verkaufe als solchem nicht entnehmen .... Unanwendbar sind somit die Regeln über die teilweise Unmöglichkeit."

Gleicher Ansicht wie Oertmann sind auch Windscheidd-Kipp, Titze, Eccius*).

B. Die Gefahrtragung bei dem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

Die Erörterung der allgemeinen Regeln über die Wirkung der auflösenden Bedingung hatte ergeben, daß von der Errichtung des Geschäftes an, mit welcher die sofortige Uebergabe des Kaufgegenstandes verbunden ist, dem Käufer die vollen Eigentumsrechte zustehen. Die beiderseitigen Verpflichtungen entstehen ebenso wie beim unbedingten Rechtsgeschäft. Mit dem Eintreten der Bedingung geht der Käufer seiner Rechte verlustig, sie fallen dem Verkäufer, der bezügl. seiner Aussicht auf Rückerwerb hier als der bedingt Berechtigte erscheint, von selbst wieder zu. Es ist daher nicht zu bezweifeln**), daß nach der allgemeinen Regel des § 446 B. G. B. die Gefahr mit der Uebergabe auf den Käufer übergeht.

Wenn nun die Frage behandelt werden soll, wer während des Schwebezustandes eines auflösend bedingten

*) Windscheidd-Kipp Band II § 395. Titze „Unmöglichkeit" § 13, Anm. 14, Seite 277. Eccius bei Gruchot Band 43, Seiten 306 07.

**) a. A. Oertmann 1. Auflage, zu § 446. Crome, Anmerkung 10 Seite 420.

Kaufes nach der Uebergabe des Kaufgegenstandes die Gefahr der Verschlechterung zu tragen hat, so ist zu entscheiden, daß es keinen Unterschied macht in der Behandlung der Gefahrfrage, ob die Sache untergegangen oder verschlechtert ist. Die Bedingung kann noch wirksam werden, da die unbedingte Hauptwillenserklärung und die bedingte Nebenwillenserklärung ein zusammenhängendes Rechtsgeschäft bilden. Der Käufer trägt also sowohl die Gefahr des Unterganges als auch die Gefahr der Verschlechterung. Der gleichen Ansicht ist auch die Mehrzahl der Schriftsteller, die diese Frage behandelt haben, und zwar sind es Endemann, Goldmann-Liliental, Kuhlenbeck, Staub, Fischer-Henle und Kosack.*)

Vierter Teil.

Das rechtsgeschichtliche Ergebnis.

I. Uebersicht über die Beziehungen der Lehre von den Bedingungen im römischen, preußischen und heutigem Rechte.

Der wirtschaftliche Zweck der Bedingung ist in allen drei Rechten der gleiche, nämlich, um die anfangs angeführten Worte Iherings zu wiederholen, sie macht es dem Menschen möglich, die Zukunft seinen wirtschaftlichen Interessen untertan zu machen.

Ueber das Wesen der Bedingung aber herrschte eine verschiedenartige Auffassung.

Im römischen Rechte, welches anfangs der Natur der Römer entsprechend, den bedingten Rechtsgeschäften nicht günstig gesinnt war, wurde die Bedingung als ein dem Rechtsgeschäft zugefügter Bestandteil, ein ihm etwas

*) Endemann Band II § 157, Am. B. Goldmann-Liliental Band I § 131 Ziffer 8. Kuhlenbeck B. G. B. § 446 Anm. I. Staub Am. 23 zu § 382 H. G. B. Fischer-Henle Anm. III zu § 446. Kosack V. Auflage Band I § 122 I,5 B.

fremdes, aufgefaßt. Am schärfsten trat dies bei der Resolutivbedingung zu Tage, welche nach römischer Auffassung geradezu aus einem Haupt- und einem Nebenvertrage bestehend behandelt wurde. Diese Auffassung zeigte sich von größter Bedeutung im Falle des Unmöglichwerdens der Leistung und des daraufhin erfolgenden Eintritts bezw. Ausfallens der Bedingung.

Im Landrecht wird zwar noch die Bedingung unter den Nebenverträgen behandelt. Dennoch wird sie als ein untrennbar mit dem Rechtsgeschäft verbundener Bestandteil aufgefaßt, sie bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Rechtsgeschäfts (Förster I, Seite 185).

Das B. G. B. hat sich dieser Auffassung angeschlossen, eine einheitliche Willenserklärung, denn eine solche liegt ja einem bedingten Rechtsgeschäfte zugrunde, kann eben nur ein einheitliches Rechtsgeschäft erzeugen.

II. Uebersicht über die Beziehungen der Lehre von der Gefahrtragung beim bedingten Kaufvertrage im römischen, preußischen und heutigen Rechte.

Im römischen Rechte ging die Gefahr mit dem Vertragsabschluß auf den Käufer über. Das Landrecht legte den Augenblick des Gefahrübergangs auf den sichtbaren, im allgemeinen leicht festzustellenden Akt der Uebergabe. Es liegt auf der Hand, daß diese grundlegende, verschiedene Auffassung des Landrechts irgendwie begründet, geschichtlich entstanden sein muß. Vorgänge ohne geschichtliche Grundlage, die z. B. die Regelung der Schadensersatzfrage im Landrecht, werden zu den Ausnahmen zählen. Verfolgen wir die geschichtliche Entwicklung der Gefahrfrage von der Zeit der klassischen Juristen Roms an. Die römische Auffassung fand mit dem römischen Rechte selbst in Deutschland Eingang; wir finden sie im Schwabenspiegel beim Brünner Schöffenbuch, in der Frankfurter Reformation (II § 7), im Solmser Landrecht,

n der Nassau-Katzenellenbogischen Landrechtsordnung (I, 2 §§ 5–8), im Kurfeldischen Landrecht (Tit. 8), im Eiderstedter Landrecht (Tit. 3 § 24), im Ostfriesischen Landrecht (2. Buch Kapitel 280). Der gleichen Auffassung waren dann fernerhin der codex Maxim. Bavar. civ. Th. (Kapitel 3 § 11), das Württembergische Landrecht von 1610 (II, 9 §§ 24–26), das Sächsische B. G. B. (§§ 1091, 866, 867, 1013); an ausländischen Rechten das Schweizerische Bundesgesetz (Art. 145), der code civ. (Art. 1624, 1138, welcher aber den Eigentumsübergang unmittelbar nach dem Vertragsabschlusse erfolgen ließ (Art. 711, 1138, 1583); diesen folgten wieder die ihm nachgebildeten Rechte z. B. das Badische Landrecht, das Italienische Gesetzbuch (Art. 1480, 1125, 1448, 1298); ganz auf dem Boden des römischen Rechts stehen wiederum das Niederländische Gesetzbuch.

Wie ist nun aber gegenüber der Stellungnahme dieser zahlreichen Gesetzbücher die Auffassung des Landrechts zu erklären?

Bei seinem Eindringen in Deutschland stieß das römische Recht auf das germanische, dem es insbesondere auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse bei Weitem überlegen sich erwies; war doch das deutsche Recht der Schuldverhältnisse nur auf ganz einfache Verhältnisse zugeschnitten, wenig ausgebaut. So erklärte sich, daß der römische Standpunkt in so zahlreichen Gesetzesbüchern Eingang finden und die deutschrechtliche Auffassung von dem Gefahrübergang verdrängen konnte.

Wie war denn aber diese deutschrechtliche Auffassung?

Im römischen Rechte war die formlose Willensübereinstimmung vertragserzeugend: das duorum pluriumve in idem placitum et consensus über Ware und Preis. Im deutschen Rechte dahingegen bedurfte der Vertrag einer bestimmten hörbaren und sichtbaren Form (z. B. vadiatio, die Hingabe einer vadia, festuca). Daneben wurde nur die Gültigkeit der Realverträge anerkannt. Die formlose,

dem römischen Recht entsprechende mündliche Vereinbarung war frei widerruflich. So erklärte sich, daß ein vollwirksamer Vertrag erst mit der leicht erkennbaren Leistung einer Partei entstand und da diese beim Kauf in der Regel die Uebergabe der verkauften Sache seitens des Verkäufers darstellte, in diesem Augenblicke also erst die Frage nach der Gefahrverteilung aufgeworfen werden konnte, daß die germanische Rechtsauffassung zu der leicht erklärlichen Auffassung führte, für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs sei allein die Uebergabe maßgebend. Ebenso das altfranzösische und altschwedische Recht. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus folgender Stelle des Lübischen Rechts: So wor einer etwas vorköfft, unde dem gude Schaden to queme, den Schaden Schall weren de jenne, be dat gut verköfft hefft. Ebenso folgende Stelle im ostfriesischen Landrecht: dat dejenne, dedat geköfft hefft, sall den Schaden hädden und nicht der Verkoeper, soverne de Köper nich kan bewusen, dat de Verkoeper by dat guit nich so trufflich gehandelt hefft, alse by sinn egen. Ferner ebenso im Wiener Stadtrecht: den Schaden muß der Hingeber haben. Regelmäßig wird mit der Besitzübergabe auch der Eigentumsübergang verbunden sein, wohl auch unter der Einwirkung des deutschrechtlichen Grundsatzes: wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn auch suchen. Notwendig ist dies nicht. Mit der Uebertraguug der Gewere der Sache auf den Käufer ist auch die Gefahr übergegangen (so auch Hübner § 834). So war die geschichtliche Entwicklung beim Ausgange des 18. Jahrhunderts, wie sie Suarez, dem Hauptverfasser des Landrechts, vorlag. Er entschied sich für die Annahme des deutschrechtlichen Grundsatzes und zwar aus den angegebenen vier Gründen (vergl. Seite 5016).*)

*) Löher, System des preußischen Landrechts, Seite 66: Indem die Redaktoren aus der beliebten Natur der Sache und der natürlichen Billigkeit philosophisch die Rechtssätze herleitete, kamen sie natürlich in die deutsche Rechtsauffassung hinein. Unter den philosophischen versteckt sich leicht das Nationale, im Gewande des Natur- und Verstandesrechts schlich sich das deutsche Recht ein.

Die letzten drei Gründe sprechen auch mit Sicherheit dafür, daß die Besitzübergabe auch gefahrübertragende Wirkung hatte. Der Auffassung des allgemeinen Landrechts haben sich angeschlossen: das Oesterreichische B. G. B. (§§ 1064, 1048–61, 1447), der Hessische Entwurf (II Art. 19,20 I, Art. 144, 360–362), der Bayrische Entwurf (Art. 282, 119, 120), der Dresdener Entwurf (Art. 429, 388, 390, 393).

Indem das B. G. B. die Uebergabe als den entscheidenden Zeitpunkt festsetzte, hat es sich für die Auffassung des Landrechts entschieden. Ausschlaggebend war die Einfachheit und Klarheit des deutschrechtlichen Grundsatzes, man wollte den Schwierigkeiten und Streitfragen, die sich an die römischrechtliche Auffassung knüpften, aus dem Wege gehen (Motive II, Seite 206 ff.) Diese Erwartung hat sich nicht erfüllt. Welche Verschiedenheit der Meinungen ergab sich nicht allein be der Festlegung des Begriffes „Uebergabe“ im Sinne des § 446? Der Auffassung dieser Stelle der Motive, die nachher noch eine Verbindungslinie zu der Unmöglichkeitslehre des § 323 zieht und feststellt, der § 446 sei nur die lex specialis, sind die Protokolle, die Denkschrift und auch die erwähnten Rechtsgerichtsentscheidungen entgegen getreten.*)

Schluß:

Uebersicht über die Entwicklung und Beziehungen der Lehre von der Zulässigkeit und Bedeutung von Parteivereinbarungen im römischen, preußischen und heutigen Rechte.

Die Behandlung der Frage der Gefahrtragung ergab in allen drei Rechten die Möglichkeit, daß die Parteien die Regelung der Gefahrtragung durch Parteivereinbarungen

*) Vergl. dazu: Brunner, Seite 195 ff. Stobbe 279 ff. in den Abt. XV und XCIX bei Hach Seite 558.

selbständig übernehmen konnten. Im ältesten römischen Recht waren sie publici iuris. Denn die Gesetzgebung der Völker in ihrer ältesten Zeit hatte wohl immer einen bevormundenden Charakter. Seit Jahrhunderten aber können derartige Parteivereinbarungen wirksam getroffen werden. Daß Parteivereinbarungen später im römischen Recht möglich waren, beweisen die Quellenstellen D. 18 l 35 § 4,1 und D. 18 l 10 Pr. Jedenfalls aber stand das römische Recht mit seinen formvollen festbestimmten Geschäften diesen Parteivereinbarungen nicht allzu günstig gegenüber. Der Richter war in keiner Weise gezwungen, dem nicht ausdrücklich erklärten Willen der Partei, ihren Absichten, nachzuforschen. Kamen ihm dennoch Zweifel, die entschieden werden mußten, entschied er einfach gegen den Verkäufer, als dessen Pflicht es also angesehen wurde, alles erforderliche bei Errichtung des Geschäfts genau festzusetzen.

Das Landrecht ist einen Schritt weiter gegangen. Hier wird es zum ersten Male als Aufgabe der Auslegung betrachtet, den Willen der Parteien zu erforschen. Abweichende Parteivereinbarungen müssen aber ausdrücklich erklärt und in der erforderlichen Form abgefaßt sein (I Titl. 11 § 257).

Den bedeutensten Platz weist aber den Parteivereinbarungen das Bürgerliche Gesetzbuch zu. In Verbindung mit den §§ 133 und 157 ist der Richter angewiesen, den auch nicht ausdrücklich erklärten Willen der Parteien bezügl. der Parteivereinbarungen Rechnung zu tragen. Dementsprechend konnte die Parteivereinbarung allein bei der Behandlung der Frage nach heutigem Rechte eine Umkehrung der Gefahrverteilung bewirken.

Wir sehen also eine stufenweise, immer weitergehende Entwicklung vom römischen bis zum heutigen Rechte auf diesem Gebiete. Der Gesetzgeber, dem diese Frage vorliegt, hat dabei zwei entgegengesetzte Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Einmal das Erfordernis, den Verkehr zu erleichtern und andererseits den Schutz des wirtschaftlich

Schwächeren vor den ihm von dem stärkeren aufgezwungenen besonderen Vereinbarungen. Wo das Gesetz letzteres auf jeden Fall verhindern wollte, bestimmte es: „Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig".

Bei den Vorschriften über den Kauf findet sich eine derartige Bestimmung im B. G. B. nicht.

Schlußbemerkung.

Da die Motive die Beantwortung der Frage, wer trägt bei suspensiv bedingtem Kaufe die Gefahr, der Wissenschaft und Praxis überlassen haben, ist von einer Lücke im Gesetz gesprochen worden.

Die Behandlung der Aufgabe zeigt den Versuch zu beweisen, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches genügen und es durchaus angebracht erscheint, den Gefahrübergang zusammen mit dem Nutzungsrecht und der Lastentragungspflicht an die Uebergabe, die Erlangung tatsächlicher Herrschaft, also einen leicht wahrnehmbaren Vorgang zu knüpfen.

Lebenslauf.

Am 1. Juli 1894 bin ich, Hans-Günther Benade, als Sohn des Pastors Willy Benade und seiner Ehefrau Käthe geb. Schirmer in Krotoschin geboren.

Ich bin preussischer Staatsangehöriger und evangelischer Religion.

Von meinem 9. Lebensjahr an besuchte ich das Friedrich-Wilhelms-Realgymnasium in Krotoschin und verliess diese Anstalt Ostern 1912 mit dem Zeugnis der Reife. An den Universitäten Halle, Lausanne, Leipzig und (nach dem Kriege) Breslau widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 2. August 1914 trat ich als Kriegsfreiwilliger ins Heer ein und blieb bis zum 23. Dezember 1918 im Militärdienst.

Die erste juristische Prüfung bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau am 25. Juli 1919, das examen rigorosum am 2. August 1919 vor der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Breslauer Universität.

Nach den bestandenen Examen trat ich bei der Deutschen Wollenwaren Manufaktur Aktiengesellschaft Grünberg ein und wurde am 1. Januar 1920 Syndikus dieser Gesellschaft.

Während meiner Universitätsstudienzeit besuchte ich die Vorlesungen und Seminarübungen der Herren Professoren Geh. Justizrat Prof. Dr. Stammler, Geh. Justizrat Prof. Dr. Rehme, Geh. Justizrat Prof. Dr. Schmidt, Geh. Justizrat Prof. Dr. Sohm, Excellenz Prof. Dr. Wach, Geh. Justizrat Dr. Brie, Geh. Justizrat Dr. Otto Fischer, Geh. Justizrat Dr. Gretener, Dr. Heilborn, Dr. Richard Schott. Allen meinen Lehrern schulde ich Dank.

Zu ganz besonderem Danke bin ich Herrn Geheimrat Prof. Dr. Fischer, auf dessen Anregung hin ich die vorliegende Arbeit verfasst habe, verpflichtet; für seine freundlichen Ratschläge und vielfache gütige Förderung hierbei sage ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank.